UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DOMICILE CONJUGAL DANS L'ENTRETIEN DE CONCUBINE

par

Henri FAUCHER

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 26 mai 1939

MEMBRES DU JURY
Président de thèse : **M. HUGUENEY,** Professeur
Assesseurs : **MM. PLASSARD** et **LE BALLE,** Professeurs

PARIS - Ve
LIBRAIRIE SOCIALE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1939

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547906_0003

LE DOMICILE CONJUGAL

DANS L'ENTRETIEN DE CONCUBINE

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DOMICILE CONJUGAL DANS L'ENTRETIEN DE CONCUBINE

par

Henri FAUCHER

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 26 mai 1939

MEMBRES DU JURY
Président de thèse : **M. HUGUENEY**, Professeur
Assesseurs : **MM. PLASSARD** et **LE BALLE**, Professeurs

PARIS - Ve
LIBRAIRIE SOCIALE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Non probo hanc legem ;... eam mares tulerunt, ideo feminas tantum sequitur et incessit.

Je n'approuve pas cette loi ; ... Les hommes l'établirent, c'est pour cela qu'elle punit et accuse seulement les femmes.

SAINT GRÉGOIRE DE NAZIANZE.

INTRODUCTION

Position de la question dans son cadre
Principes de l'étude. — Plan

Avoir intentionnellement des relations intimes, lorsqu'on est marié, avec une autre personne que son conjoint, telle semble être, en tout état de cause, la définition de l'adultère. Peu importe, du point de vue moral, que le coupable soit un homme ou une femme.

Et, dès lors qu'une législation prend le mariage pour base de la société qu'elle prétend régir et la famille légitime pour fondement, dès lors qu'elle veut les entourer de garanties assurant leur stabilité, il semblerait que la répression dût être la même à l'égard de chacun des deux époux infidèles.

L'adultère du mari et celui de la femme sont aussi blâmables l'un que l'autre: il n'y a pas de degré dans la méconnaissance de ses engagements. Et si un législateur fait sien le principe moral de fidélité, le châtiment doit s'abattre avec la même rigueur sur les coupables, sans considération de leur sexe.

***

Telle n'est point cependant la conception de notre Code pénal.

Tout d'abord — et du point de vue le plus sensible, celui de la peine — alors que l'adultère de la femme est puni

d'un emprisonnement de trois mois au moins à deux ans au plus (article 337 du Code pénal), c'est seulement une amende de 1.000 à 2.000 francs qui vient frapper celui du mari.

Mais, non content de cette peine réduite pour le mari, le Législateur restreint, en outre, le champ d'application du délit d'adultère de l'époux, en exigeant pour son existence la réunion d'une somme d'éléments constitutifs plus grande que pour l'adultère de la femme.

Sans doute, notre législation pénale réclame-t-elle, pour que le délit d'adultère existe, aussi bien à l'encontre du mari que de la femme, qu'il y ait: état de mariage, consommation de rapports sexuels et intention coupable. Mais là s'arrêtent ses exigences vis-à-vis de l'épouse; c'est vis-à-vis d'elle seule, pourrait-on dire, qu'existe le délit d'adultère proprement dit. A l'encontre de l'époux, ce qui est puni, c'est l'adultère consommé dans certaines conditions : l'entretien de concubine au domicile conjugal.

Appellation expressive, puisqu'elle indique immédiatement les deux caractères de l'adultère du mari qui le séparent de celui de la femme: il est un délit d'habitude, qui exige, pour être constitué, d'être consommé au domicile conjugal (article 339 du Code pénal).

Ainsi donc, dans la répression de l'adultère en droit pénal français, il y a deux degrés s'appliquant à deux catégories de personnes, distinguées par leur sexe: l'adultère de la femme et l'entretien de la concubine au domicile conjugal.

Mais, lorsqu'on a fait cette constatation, on est loin d'avoir épuisé, ni même aperçu, la somme de difficultés que soulève l'interprétation de ces deux termes, qu'on trouve seuls dans la loi : entretien de concubine—domicile conjugal.

Entretien de concubine, d'abord: l'adultère du mari est

un délit d'habitude; il faut, pour qu'il soit constitué, que l'époux ait eu des relations suivies avec une femme déterminée. Et se posent, par suite, toutes les questions qui se présentent à propros des délits d'habitude: — Combien d'actes illicites doivent s'être succédé pour que leur ensemble soit punissable? — Est-ce que les infractions commises à l'étranger et les actes séparés par une durée supérieure à la prescription entrent en ligne de compte? — Autant de questions qui sont communes à tous les délits d'habitude et résolues dans le cadre du droit pénal général.

La notion du domicile conjugal, elle, semble, de prime abord, moins génératrice de difficultés dans son interprétation. Il n'en est rien: la notion du domicile conjugal dans le délit d'entretien de concubine est de celles qui ont donné lieu à des querelles doctrinales et à une jurisprudence abondantes.

C'est l'évolution de ces discussions et de cette jurisprudence et leur état actuel que nous nous proposons d'étudier.

L'article 339 du Code pénal frappe d'une amende de 1.000 à 2.000 francs « le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale ».

Que faut-il entendre par maison conjugale ?

Telle est la question qui se pose au début de l'étude que nous entreprenons et à laquelle nous devons répondre, en prenant pour point de départ le texte précité et en essayant de dégager les solutions données par la jurisprudence et la doctrine.

Remarquons dès l'abord — et c'est une observation importante — que, suivant l'interprétation plus ou moins res-

trictive que l'on donnera du terme : « maison conjugale », on restreindra, ou, au contraire, on élargira le champ d'application du délit d'entretien de concubine et par suite, on éloignera ou l'on rapprochera les deux sortes d'adultères, celui de la femme et celui du mari, quant à leurs conditions d'existence.

Si l'on prend garde, d'autre part, d'observer que la remarque que nous venons de faire s'applique également au terme : « entretien de concubine », second élément de différence entre les deux délits, on peut concevoir dans quel esprit nous entreprenons cette étude : En présence d'un texte peu explicite, nous rechercherons, à propos d'un des deux éléments distinctifs de l'adultère du mari et de celui de la femme, l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence. Partant de là, nous verrons si les conséquences des solutions auxquelles on arrive sont raisonnables. Cela nous permettra de nous élever de la simple étude d'une partie du problème jusqu'à l'ensemble de la question et de dire si la législation actuelle doit être conservée telle qu'elle est, ou s'il ne serait pas souhaitable de la modifier et dans quel sens cela pourrait se faire.

Mais il est certain que, pour arriver au but dernier que nous nous proposons : l'examen critique de notre régime pénal de l'adultère en vue d'une réforme législative éventuelle, il n'est pas suffisant de rapporter et d'apprécier la jurisprudence et la doctrine actuelles de notre pays. Notre législation présente ne peut être vraiment comprise que si son examen est éclairé par la connaissance des dispositions qui l'ont précédée dans le Droit et la critique n'en peut être

faite avec fruit que si l'on peut la comparer aux régimes existant dans les pays étrangers.

Ces considérations nous dictent le plan suivant :

Première partie. — *Notions historiques sur l'adultère de l'épouse et l'adultère du mari.*

2e partie. — *La notion de domicile conjugal dans l'entretien de concubine en Droit français actuel.*

3e partie. — *L'adultère comparé du mari et de la femme dans les législations étrangères.*

4e partie. — *Critique de notre Droit pénal actuel relatif à l'adultère.*

PREMIÈRE PARTIE

Notions historiques sur l'adultère de l'époux et l'adultère de la femme

Il ne s'agit pas ici de faire œuvre de pure histoire, de retracer l'évolution de la répression de l'adultère. Il s'agit bien plus, sans faire abstraction de cette évolution, de rechercher dans le passé les origines des dispositions législatives actuelles, de voir comment elles ont pris naissance, quelles racines elles ont dans les pratiques et les textes de l'ancien temps, à quelles idées elles doivent le jour. Cette connaissance des systèmes qui ont précédé et qui expliquent le nôtre nous permettra, en faisant apparaître leur fondement, de juger nos dispositions présentes. Et le jugement n'est-il pas le préliminaire indispensable à la modification ?

***

« L'adultère, dit un auteur (1), est apparu en même temps que le mariage ». S'il entend par là que l'existence du mariage est nécessaire pour qu'il puisse y avoir adultère, c'est un truisme, qui conduit cependant à penser que l'adultère

(1) Sièye, *L'adultère chez les peuples de l'Antiquité, à Rome et dans la législation française*. Thèse. Paris, 1875.

fut de tous les temps, comme le mariage lui-même : L'union de l'homme et de la femme fut vraisemblablement toujours accompagnée de cérémonies symboliques, magiques ou religieuses, destinées à lui donner un certain caractère de publicité et marquant le moment à partir duquel le rapprochement d'un des époux avec un tiers devenait un adultère. En tout cas, l'adultère, violation du droit d'un époux à la fidélité de l'autre, se conçoit seulement dans le cas où ce droit est affirmé publiquement.

En fait, à presque toutes les époques de l'Histoire, les mœurs ont réprouvé et les législations ont essayé de réprimer l'adultère. Cette répression se conçoit et s'est exercée sous deux formes : soit sous la forme civile, le droit donné à l'époux trompé de se séparer de son conjoint infidèle; soit sous la forme pénale, avec des modalités diverses : peines pécuniaires ou peines corporelles; les deux formes peuvent d'ailleurs s'exercer simultanément. Quelle que soit la forme adoptée, on est toujours en présence d'une action répressive : il s'agit de punir l'adultère, parce qu'il porte atteinte à des intérêts jugés légitimes.

Aussi loin, donc, qu'on remonte dans le temps, la violation de la fidélité conjugale a été sanctionnée. Mais, pour le faire, on s'inspire de principes différents suivant les époques, le milieu et les mœurs. La répression a varié dans le temps sous l'influence de plusieurs facteurs :

« La diversité des conceptions que l'on se fit de la vie « conjugale, la différence de points de vue auxquels on se « plaça pour apprécier la fidélité des époux, dit M. Nast, « expliquent fort bien la plus ou moins grande sévérité « avec laquelle on condamne l'adultère et permettent éga- « lement de comprendre que celui de l'homme marié ait

« été considéré tantôt comme punissable, tantôt comme « légitime » (1).

L'organisation de la famille et la conception du mariage font comprendre les différents régimes de l'adultère : il est bien évident que, considéré comme donnant au mari un droit de propriété sur sa femme, le mariage n'aura pas les mêmes effets sur la notion d'adultère que si on l'envisage comme une union de Droit divin ou un contrat civil. D'autre part, le monogamisme permet seul de comprendre que le mari puisse se rendre coupable d'infidélité.

L'adultère peut ainsi être tenu pour une atteinte au droit d'un individu, une infraction au Droit divin ou un crime contre la famille, par là même et indirectement, contre la Société.

C'est en tenant compte de ces considérations que nous allons retracer brièvement l'évolution de la répression de l'adultère et rechercher les origines des dispositions de nos Codes.

Ce que nous venons de dire des conceptions successives du mariage va nous dicter notre plan :

Tout le Monde antique, païen, considéra le mari comme propriétaire de sa femme. Il fallut attendre le christianisme pour qu'à cette notion se substituât celle « d'union mystique », sur laquelle vécut notre Société jusqu'à la Révolution de 1789. L'union légitime de l'homme et de la femme devint alors un contrat civil et cette conception est encore la nôtre, à l'heure actuelle.

D'où le plan suivant :

(1) Albert Nast, *La répression de l'adultère chez les peuples chrétiens.* Thèse. Paris, 1908 ; p. 14.

Chapitre I. — *La répression de l'adultère dans le Monde païen.*

Chapitre II. — *La répression de l'adultère dans le Monde chrétien.*

Chapitre III. — *La répression de l'adultère depuis la Révolution.*

CHAPITRE Ier

La répression de l'adultère dans le monde païen

L'adultère a été l'objet de la répression des législateurs dans toute l'Antiquité, mais l'étude des mœurs, des coutumes et des lois des peuples de l'Orient, si intéressante en elle-même, ne nous apporte aucune lumière sur l'origine de nos propres textes. Les lois de la Grèce, au contraire, contiennent quelques dispositions qui nous expliquent certaines des nôtres. Le Droit romain, enfin, mérite, à plus d'un titre, d'être examiné avec attention, en cette matière, car, non seulement nos Codes sont issus de sa combinaison avec le Droit coutumier — réalisée sous le signe de l'esprit de la Révolution — mais encore parce que c'est dans le Droit romain que, pour la première fois, on trouve, cité à propos de l'adultère du mari, le terme « maison conjugale ».

Nous verrons donc rapidement la répression de l'adultère en Orient — puis les lois grecques — enfin, le Droit romain.

Section 1re. — L'ORIENT

Chez les peuples antiques, la famille est organisée sous la tyrannie de l'homme; le mari est le seul maître et la condition de la femme est inférieure. Que ce soit chez les Assyriens, à Babylone, ou chez les Syriens et les Phéniciens, chez les Egyptiens ou chez les Perses, le sexe féminin semble né pour une humble dépendance : la femme n'est ni l'égale, ni l'équivalente de son époux; elle est son esclave, sa chose.

L'adultère de la femme est donc considéré, chez ces peu-

ples, comme une violation du droit de propriété maritale, comme un vol. Avec le progrès des mœurs, ce grossier caractère de crime contre la propriété fera place à celui d'offense à l'honneur, mais il s'agira toujours uniquement d'une atteinte au droit d'un individu : le mari.

De l'adultère du mari il n'est pas question, et cela s'explique fort bien, comme nous le verrons, par la conception que l'on se faisait alors du mariage. Cependant, si l'on s'en tenait à certains passages de textes saints des Hindous (Loi de Manou (1) ou des Hébreux (Décalogue et Proverbes (2), il semble qu'on pourrait soutenir qu'une fidélité mutuelle était imposée aux époux. Mais ces passages sont contredits par d'autres passages, très nets, des mêmes livres (3). D'autre part, pas plus la loi de Manou que le Deutéronome ou le Lévitique qui, pourtant, punissent sévèrement l'adultère de la femme, ne parlent de répression à l'encontre du mari infidèle. On est donc amené à conclure que, chez les Hindous et les Hébreux comme dans tout l'Orient antique, il y avait, au point de vue de l'adultère, une inégalité considérable entre l'homme et la femme.

Nous avons dit qu'elle s'expliquait fort bien par la conception que l'on se faisait alors du mariage : en effet, les législateurs de l'Antiquité avaient en vue la « population » : le mariage était considéré comme une institution destinée à donner des enfants à la Société, soit pour qu'elle fût forte et inattaquable, soit pour lui permettre d'accomplir de grands travaux, soit même pour des motifs religieux.

Et cette idée conduisit les peuples de l'Orient à admettre légalement l'adultère du mari. C'est ainsi que la plupart

(1) Loi de Manou : IX.45 ; 101, 102. Traduction Loiseleur-Deslongchamps.
(2) Décalogue : « Tu ne commettras point d'adultère ». Proverbes : ch. V, versets 15 à 20.
(3) Loi de Manou : IX.3 ; V. 154.

des populations antiques ont admis la polygamie : les Egyptiens, les Perses, probablement aussi les Assyriens et les Phéniciens, les Hébreux eux-mêmes malgré le Décalogue (1). C'est ainsi, également, qu'à côté de la polygamie, l'Antiquité connut le concubinat : la plupart des peuples, même monogames (comme les Hindous), toléraient, à côté de la femme ou des femmes « du premier rang » (2), de nombreuses concubines.

Mais il ne faudrait pas que ce mot de « concubine » fît illusion et que cette vie en commun du mari et de plusieurs femmes, légitimes ou non, véritable entretien de concubines sous le toit conjugal, nous amenât à faire un rapprochement avec notre régime actuel. Aucune comparaison n'est possible entre la concubine d'aujourd'hui, complice du mari dans une liaison illégitime, en dehors de l'épouse, et la concubine antique, admise à côté de celle-ci (souvent introduite par elle) et considérée comme une véritable épouse. Elle était, en général, choisie pour avoir des enfants (lesquels appartenaient à la femme légitime stérile). Le concubinat était, en somme, destiné à éviter l'infécondité des unions (3).

Dans ces conditions, comment les Anciens auraient-ils pu concevoir la fidélité du mari et réprimer son adultère comme nous le faisons aujourd'hui ? La loi conjugale n'était pas comprise de la même manière que chez nous et il faut voir là une conséquence du but qu'on assignait au mariage. « L'infidélité du mari, dit P. Gide (4), consiste,

---

(1) Genèse : XXVIII, 9 ; XXIX, 20 et s. Premier livre des Rois XI. Samuel : XII, 8 ; XVI, 21, 22.

(2) L'expression est hébraïque.

(3) C'est le même souci qui explique une pratique qui avait cours chez certains peuples, notamment les Hindous, le prêt temporaire de la femme, véritable adultère légal de la femme : le mari stérile prêtait sa femme à un parent en vue de la fécondation (pratique à rapprocher du lévirat, en usage chez les Juifs).

(4) P. Gide. *Etude sur la condition privée de la femme mariée*, p. 39.

chez nous, non pas à délaisser son épouse, mais à avoir commerce avec une autre femme; chez les Orientaux, au contraire, elle consiste non pas à entretenir la femme d'autrui, mais à négliger sa propre femme et à ne pas lui rendre assidûment les devoirs conjugaux ». Aussi les lois de ces peuples se préoccupaient-elles de régler la façon dont devait être rendu le « debitum conjugale » (1). Et c'est le manquement de cette obligation qui est seule punie vis-à-vis du mari.

Vis-à-vis de la femme, au contraire, et vis-à-vis d'elle seule, était exigée la fidélité conjugale telle que nous la comprenons aujourd'hui. Certains peuples exigeaient même la fidélité de la fiancée (Hébreux) ou de la veuve (Hindous).

Et l'adultère était puni de peines sévères (2) :

La plupart des peuples le frappaient de peines corporelles : généralement, la mort, infligée sous différentes formes (feu, lapidation, par exemple) ; quelquefois, des mutilations diverses.

A côté de ces peines corporelles, on trouve parfois des peines pécuniaires : ainsi le Juif trompé confisquait la dot de sa femme et celle-ci perdait ses avantages matrimoniaux.

Enfin, voisinant avec ces pénalités, en rencontrait des peines civiles : divorce ou répudiation, facultatives ou obligatoires (comme chez les Hébreux, où le mari trompé devait répudier sa femme).

---

(1) La Loi de Manou (9, 4), par exemple, dispose que « le mari doit s'approcher de sa femme aux époques favorables ».

(2) On peut s'étonner de cette sévérité lorsqu'on considère la dépravation des mœurs de l'Antiquité et l'élévation de la prostitution de la femme mariée à la hauteur d'une institution religieuse : c'est ainsi que certains peuples connurent la prostitution hospitalière (prêt de la femme à l'hôte reçu) et la prostitution sacrée (obligation pour la femme à certaines époques, de se rendre dans un temple et de s'y livrer soit à un prêtre, soit à un étranger).

Toutes ces peines sévères étaient infligées, en général, soit par le mari, soit par le père de famille; cependant, certains peuples, très avancés, avaient des tribunaux pour examiner les causes qui leur étaient présentées : ainsi, chez les Juifs, le Sanhédrin.

Seuls de tout l'Orient, les Perses ne réprimaient pas l'adultère. Cela tenait à leur organisation familiale : le mari jouissait d'un véritable droit despotique sur les femmes de sa maison; il avait le droit de les répudier quand il le jugeait bon et elles étaient enfermées sous la garde d'eunuques. On comprend facilement que, dans ces conditions, l'adultère, ne pouvant pas exister, ne soit pas puni.

Tel fut le régime de l'adultère en Orient. On peut dire que l'infidélité du mari (au sens où nous l'entendons aujourd'hui) ne pouvait pas y exister, par suite de la structure de la famille et de la conception du mariage antiques.

L'adultère de la femme, par contre, sévèrement réprimé, nous apparaît surtout comme une atteinte au droit de propriété du mari sur sa femme, comme un délit portant presque uniquement tort à un individu : l'époux.

Mais la différence même de cette conception du mariage avec la nôtre a pour conséquence le manque total d'enseignement pour nous, du point de vue qui nous intéresse, celui de l'origine des dispositiitons de notre Code.

La législation grecque, au contraire, quoique très proche de celles que nous venons de rapporter, contient déjà, quel-

ques dispositions qui se sont transmises à notre Droit moderne.

SECTION 2e. — LA GRECE

Le régime de l'adultère, chez les Grecs, ressemblait fort à celui des autres pays méditerranéens. Mais il existait des différences entre les lois des diverses contrées de la Grèce : elles étaient la conséquence de la conception variée qu'on se faisait de la famille.

On trouve dans les très anciennes lois de la *Crète* une disposition fort remarquable : Minos ne punissait que l'adultère de l'homme (1) de peines infamantes et pécuniaires et de la perte de certains droits.

Les *Macédoniens* connaissaient le concubinage et admettaient la répudiation unilatérale au profit du mari. Les *Béotiens,* au contraire, punissaient de mort l'adultère, même commis par le mari. Chez les *Locriens,* l'homme adultère avait les yeux crevés.

La législation *spartiate* était dominée par deux idées : l'idée d'eugénisme : on voulait des hommes forts et puissants qui faisaient des guerriers vigoureux; l'idée de communauté de vie et de biens entre les citoyens. C'étaient des lois pour les « forts » et dans l'intérêt de l'Etat qu'avait élaborées Lycurgue.

En fait, ces idées conduisaient à une absence complète de pudeur et de vertu; la femme ne connaissait qu'une loi : celle du plus fort. Les mariages étaient de véritables enlèvements et ne furent souvent que de longs adultères. Lacé-

(1) Elien. *Hist. Div.* : ch. 12, liv. 12.

démone, d'autre part, connaissait les emprunts et les prêts de femmes (1).

C'était, en somme, la légitimation de l'adultère légal et perpétuel. On conçoit, dès lors, que la fidélité ait été, à Sparte, une notion inconnue et que l'adultère n'y fût pas réprimé (2).

Les lois grecques les plus intéressantes sont, assurément, celles d'*Athènes*. On y retrouve le souci de la plupart des peuples antiques d'avoir une nombreuse population, auquel s'ajoute l'idée de la concentration des biens assurant la puissance des familles.

C'est ce qui explique qu'à Athènes le mariage soit obligatoire : le père doit donner un époux à sa fille et cet époux doit être le plus proche parent. Celui-ci ne peut se soustraire à cette obligation qu'en payant une somme au père. Le mariage devenait ainsi un devoir odieux imposé au citoyen dans l'intérêt de l'Etat.

Mais la loi allait plus loin, elle réglementait les rapports intimes des époux : ceux-ci devaient cohabiter assidûment et une action pénale était donnée à la femme contre le mari qui la délaissait pendant un mois entier (3). Nous retrouvons ici la conception antique de la fidélité masculine.

Car les Athéniens, comme les Orientaux, et malgré les prescriptions de Cécrops et de Solon qui leur imposaient la monogamie, connurent, par crainte des mariages stériles, la répudiation de la femme et le concubinage. Il est vrai qu'ils connurent aussi les courtisanes : « Nous avons, disait Démosthène, des courtisanes pour les plaisirs, des

(1) Voir : Plutarque, *Lycurgue*
(2) Voir cependant ce que dit Montesquieu (*Esprit des Lois* ; L. 6, ch. 9) de la répression de l'adultère à Sparte.
(3) Voir : Gide, *Condition privée de la femme*

concubines pour les services journaliers et des épouses pour nous donner des enfants et veiller fidèlement à l'intérieur de la maison ».

Cette conception de la femme, gardienne de la maison, conséquence de l'idée religieuse du foyer, montre que l'adultère est déjà considéré comme un délit familial et non plus uniquement comme une atteinte au droit individuel du mari. Et cependant, c'est à Athènes qu'on voit apparaître le droit de vengeance individuelle au profit du mari, mais seulement sur la personne du complice.

La femme adultère, en effet, était traduite devant les tribunaux et n'encourait pas la mort. Elle perdait sa dot et ses avantages nuptiaux, comme chez les Hébreux. Le mari devait, sous peine d'infamie, divorcer et cesser d'habiter avec elle. Il lui était permis de la vendre et s'il ne se présentait pas d'acheteur, de la faire passer au dernier rang de ses esclaves (1). La femme coupable ne pouvait plus entrer dans les temples, et il était permis à tous de la chasser par la force : on lui arrachait les cheveux et on lui jetait des cendres chaudes sur la tête. Elle ne pouvait paraître en public avec des parures, ou bien chacun avait le droit de lui déchirer ses habits, d'enlever ses ornements et de la battre; il suffisait de ne pas la tuer (2).

Contre le complice, au contraire, Dracon, sans édicter la peine de mort, déclara que le mari pouvait, sans être puni, tirer vengeance du crime. D'après la législation de Solon, l'époux outragé avait le droit de tuer le coupable surpris en flagrant délit. Il pouvait aussi lui faire payer une somme d'argent, ou même, d'après certains auteurs,

---

(1) Démosthène, *Mœurs*, ch. V
(2) Morin. *Répertoire ;* v. *Adultère*, n° 90.

lui enlever la vue ou lui imprimer un stigmate avec un fer brûlant.

Il faut voir, semble-t-il, dans cette disposition de la loi athénienne assurant l'impunité au mari qui tue le complice de la femme adultère, surpris en flagrant délit, l'origine de l'excuse que nous trouvons dans l'article 324 de notre Code pénal actuel à propos « du meurtre commis, en cas d'adultère, par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale ». Il y a cependant trois différences entre les deux lois : d'abord, notre Droit atténue simplement la peine alors qu'à Athènes le mari meurtrier restait, dans ce cas, impuni; ensuite, notre Code est plus extensif quant aux personnes puisqu'il excuse le meurtre de la femme aussi bien que celui du complice; mais plus restrictif quant aux cas d'application, puisqu'il prévoit seulement l'excuse du meurtre commis dans la maison conjugale. Il y a sans doute aussi entre les deux une différence de fondement : le Droit français excuse le mari parce qu'on suppose qu'il a agi sous le coup de la fureur et de l'indignation; l'impunité que lui assurait la loi athénienne est plutôt la sanction d'un droit de vengeance personnelle, qui peut se traduire par la mort, s'abaisser à une mutilation ou même se résoudre en une compensation pécuniaire.

Nous verrons l'évolution de ce « jus occidendi » du mari dans le Droit romain. C'est, d'ailleurs, à d'autres titres encore que celui-ci nous intéresse.

Section 3e. — ROME

Le vieil Etat romain avait pour base l'organisation de la famille et celle-ci reposait sur la religion du foyer et le culte des ancêtres. Ce culte se transmettant de père en fils, on ne pouvait concevoir un crime plus grand que l'adultère de la femme, parce qu'il introduit un sang étranger dans la famille légitime. N'était-ce point violer le Droit divin qu'un prêtre illégitime pût être appelé un jour à offrir des sacrifices aux Mânes des aïeux ?

Aussi la législation romaine fut-elle très sévère contre ce crime : elle varia, du reste, sensiblement ; et cette variation est liée au relâchement que subirent les mœurs. Le début de l'Empire marque une grande date dans l'histoire de la répression de l'adultère, celle de la *loi Julia de adulteriis coercendis,* en l'an 736 de Rome (18 avant Jésus-Christ), qui fut une des grandes lois d'Auguste destinées à rétablir l'ordre dans les mœurs, et resta, par la suite, le canevas sur lequel travaillèrent tous les législateurs.

Nous verrons donc, successivement, le régime de l'adultère avant la loi Julia, puis celui qu'elle a institué.

§ 1er. L'adultère avant la loi Julia

Aux premiers siècles de Rome, l'adultère était, semble-t-il, assez peu répandu. Astreints à un travail incessant, ne quittant la charrue que pour l'épée, les Romains antiques avaient des mœurs pures et patriarcales. La femme vivait presque enfermée dans la maison de son mari et il ne lui était pas permis de quitter son époux, à moins qu'il

ne la repoussât. La fidélité des époux était donc presque complétement assurée par les conditions de leur existence, auxquelles venait s'ajouter le secours d'une religion rigoureuse et austère.

Cependant, l'adultère, si rare fût-il, était déjà prévu et réprimé par la loi (1).

Le trait essentiel de cette législation, l'inégalité entre le mari et l'épouse, est fort bien mis en lumière par cette phrase de Caton (2) : « In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judico impune necares ; illa te, si adulterares digito non auderet contingere, neque jus est ».

L'adultère du mari n'était donc pas puni : « Si tu es adultère, ta femme ne saurait te toucher du doigt, elle n'en a pas le droit ». Le mari n'est coupable que s'il a commis l'adultère avec la femme d'autrui ; il est alors punissable, non comme époux, mais comme complice.

Quant à la femme coupable, elle était sévèrement punie. Il y a donc là entre le mari et la femme une inégalité choquante. Elle s'expliquait par les idées religieuses qui formaient le fondement de la famille romaine : « Aux yeux de la religion antique, dit Fustel de Coulanges (3), la faute la plus grave qui puisse être commise est l'adultère, car la première règle du culte c'est que le foyer se transmette de père en fils ; or l'adultère trouble l'ordre de la naissance. Une autre règle est que le tombeau ne contienne que les membres de la famille ; or le fils de l'adultère est un étranger, qui sera enseveli dans le tombeau. Tous les principes de la religion sont violés, le culte est souillé, le foyer devient

(1) On peut en trouver la preuve dans certains auteurs : Juvénal (Sat. VI ; V. 21 et s.) ; Ovide (*Métamorphoses ;* II, 8) ; Denys d'Halicarnasse ; Aulu-Gelle (*Nuits attiques ;* IV, 3).

(2) Dans son discours : *De dote*, cité par Aulu-Gelle (*Nuits att. ;* X, 23,5).

(3) Fustel de Coulanges, *La Cité antique ;* p. 106 et s.

impur. Chaque offrande au tombeau devient une impiété ».

Quoi qu'il en soit de ces explications, la situation de la femme au regard de l'adultère était fort dure : « Si tu surprends ta femme en flagrand délit d'adultère, tue-la sans jugement, tu ne seras pas puni », disait Caton. Et ce n'était pas là une simple excuse atténuante, c'était un droit qui assurait le mari de l'impunité complète. C'est le « jus occidendi » des Grecs qui apparaît de nouveau, mais on le donne également au père et il s'applique à la femme (1) aussi bien qu'au complice ; quant à ce dernier, l'époux pouvait aussi, s'il préférait, le mutiler, le battre, le déshonorer ou même le rançonner.

Au cas où la femme n'était pas prise en flagrant délit, il est probable qu'à l'origine le mari était seul souverain appréciateur de la peine qui devait lui être infligée. Mais bientôt, tout en laissant à la direction du mari la répression de l'outrage fait à son nom, le Législateur décida que la femme adultère serait soumise à un jugement ; il chargea de cette mission le tribunal domestique : c'était le mari ou le père (2), entouré des cognats de la femme, qui jugeait la cause. La peine prononcée pouvait être la mort, mais cette sévérité s'adoucit avec le temps et la pénalité usitée consistait à exiler les coupables à 200 milles de Rome (3).

Ainsi, l'adultère, délit familial, était jugé par le tribunal domestique. Mais, peu à peu, la famille perdit de sa force,

---

(1) On a discuté pour savoir s'il s'appliquait à la femme mariée *sine manu* comme à l'épouse *in manu*. Il semble que le *jus occidendi* résultait non de la *manus*, mais du mariage lui-même (V. Gide, p. 116). En revanche, le père n'a ce droit que si sa fille est restée *filiafamilias* et n'est pas tombée *in manu mariti*.

(2) C'était le mari ou le père suivant que la femme était ou n'était pas *in manu*, qu'elle était ou non *filiafamilias*, ou même *sui juris*. Voir : Esmein, *Le délit d'adultère à Rome*.

(3) Tacite ; *Annales*, II, 50, *in fine*.

la puissance paternelle s'affaiblit. Et l'habitude naquit de s'adresser à la juridiction publique. L'adultère constitue, en effet, une violation des mœurs, et les mœurs ne sont-elles pas la base sur laquelle repose le gouvernement ? Et, de plus en plus, l'édile curule, remplissant, en cette occasion, le rôle de ministère-public, traduisit les femmes infidèles devant l'Assemblée du peuple, juge ordinaire au criminel. La peine était assez forte : ce fut peut-être l'exil, le plus souvent une très forte amende.

A côté de cette répression pénale, le Droit romain connaissait une répression civile de l'adultère : le mari pouvait répudier sa femme et l'action « de moribus » lui permit de se faire attribuer tout ou partie de sa dot. Plus tard, il put arriver à la même fin par les « retentiones ex dote » ; la « retentio propter mores majores », d'abord laissée à l'arbitraire du juge, fut, par la suite, fixée par la loi au 1/6 de la dot. La même loi qui prévoyait ce taux accorda l'action « de moribus » à la femme, privée jusque là de toute action civile comme d'action pénale contre son mari infidèle.

On voit donc, par ce que nous venons de dire, que l'adultère ne fut pour ainsi dire jamais un crime contre le droit individuel du mari. Il fut surtout un délit de caractère familial (auquel se mêlait un certain caractère religieux) et, par suite du rôle essentiel de la famille à Rome, un délit social. De délit privé, d'ailleurs, on le voit devenir un délit public, poursuivi par l'édile curule.

C'est que les conquêtes, la richesse et le luxe qui se sont développés d'une façon considérable sont venus transformers les mœurs. La famille n'est plus forte et unie ; le mari n'est plus un justicier souverain et respecté ; la dé-

bauche s'est peu à peu glissée dans le sanctuaire de la famille.

La corruption grandissant chaque jour, il fallut en arriver à une répression plus énergique : Tel fut le but de la loi Julia.

§ 2e. L'adultère sous la loi Julia

La loi Julia de adulteriis coercendis (1) est, dit Esmein, « une des lois qui, pour la première fois, donnèrent au Droit pénal de Rome une base solide et des règles précises ». Elle fait partie d'un ensemble de réformes par lesquelles Auguste espérait restaurer dans Rome les mœurs antiques. C'est, d'ailleurs, une loi générale : elle punit tous les délits contre les mœurs.

Quant à l'adultère, le mari jouit encore d'un privilège par rapport à la femme. Il est puni comme complice d'une épouse infidèle, mais non en tant qu'époux. Cependant, le mari coupable d'inconduite et de dérèglement voit rejeter sa plainte en adultère contre sa femme ; ce n'est d'ailleurs pas une compensation des délits, mais une espèce d'indignité qui frappe le mari infidèle.

Le mari, sous l'empire de la loi Julia, perd même le droit de tuer sa femme surprise en flagrant délit; s'il le fait, il est considéré comme un meurtrier (2). Il conserve seulement le droit de tuer le complice, à certaines conditions. Le père, que sa fille soit filiafamilias ou in manu mariti, a,

---

(1) C'est la rubrique sous laquelle elle figure au Digeste (lib. XLVIII, tit. 5). Au Code elle s'appelle : *Lex Julia de adulteriis et stupro* (Code, lib. IX, tit. 9). Enfin, Suétone (*Auguste*, 34) l'intitule : *Lex Julia de adulteriis et pudicitia.*

(2) L. 2, pr. et 38, § 8 ; Dig. *Ad legem J. de ad. coerc.*, 48, 5. *Pauli Sententiae*, lib. II, t. 26, § 4.

seul, le « jus occidendi » sur celle-ci. Mais, pour qu'il l'exerce légitimement, il faut la réalisation de plusieurs conditions : flagrant délit (1), meurtre par le père lui-même (« mane sua »), commis sur l'heure même (« in continenti »), meurtre simultané du complice et de la fille (2), adultère surpris dans la maison (domus) du père ou celle de son gendre (3).

Avec cette dernière condition nous voyons apparaître pour la première fois la notion de la « maison commune ». « Domus, nous dit la loi, pro domicilio accipienda est » ; la maison (du père ou du mari) doit être entendue du domicile ; et la Glose enseignait que « pro domicilio » signifie « pro habitatione », c'est-à-dire l'habitation réelle (« in qua habitat ») et la loi précise « ut in lege Cornelia de injuriis ». La loi Cornelia punissait le « domum introire » ou violation de domicile et les Institutes (4) nous disent comment il faut entendre la « domus » : c'est soit la « domus propria », soit une « domus conducta », soit même une « domus gratis », c'est-à-dire prêtée par l'Etat.

Donc le père, seul, avait le « jus occidendi » sur la femme infidèle. Mais la loi Julia contient une particularité intéressante : tout mari qui surprenait sa femme en flagrant délit d'adultère devait la répudier immédiatement et châtier le complice ; sinon, il était « leno » et puni « quasi adulter ». Dans cette législation, il n'y a pas de place pour le pardon : « Cette religion était si sévère, dit Fustel de Coulanges (5) que l'homme n'avait même pas le droit de

(1) L. 22, § 4 : la fille doit être *in ipsis rebus Veneris.*
(2) L. 23, § 4.
(3) L. 22, § 2 et *Glossa in hac lege.*
(4) Institutes, IV. 4.
(5) Cité antique, p. 109.

pardonner complétement et qu'il était au moins forcé de répudier sa femme ».

Ce n'était pas la seule peine civile qui atteignait la femme adultère : elle perdait la moitié de sa dot et le tiers de ses biens (1). « L'actio de moribus » subsistait et fut même donnée à la femme contre le mari infidèle. Mais pourquoi la priver de sa dot ? La dot était un excellent moyen pour la femme de se remarier ; or, la femme adultère n'a plus le droit de se remarier, le mariage lui est désormais interdit (2), elle n'a d'autre ressource que le concubinat (3).

Celui-ci semble avoir été, du temps d'Auguste, une simple réunion de fait, mais licite et vue sans défaveur ; au point de vue juridique, la « concubina » était à peu près ce qu'est notre « concubine » actuelle. Sous l'Empire, le concubinat deviendra une véritable union légale de seconde zone.

Quant à la peine criminelle édictée contre l'adultère, Paul nous apprend que c'était la « relegatio in insulam ». Mais on discute pour savoir si la mort n'était pas applicable (4).

Ce n'est plus, sous la loi Julia, la juridiction familiale qui juge la cause et qui prononce la peine. L'adultère est un véritable délit social, tant le législateur julien a vu dans la famille une base solide de la Société. Il est, de plus, devenu, à tous points de vue, un « crimen publicum » et il est même utile de remarquer qu'il est permis, à certaines conditions, aux étrangers, au même titre qu'au mari et au père, d'accuser une femme d'adultère et de la faire condamner.

---

(1) Paul. *Sent.* : II, 26, § 14.
(2) L. 29, § 1.
(3) L. 1, § 2 ; Dig. *De concubinis*. 25, 7.
(4) Voir la controverse dans : Esmein, *Op. cit.*, p. 29 à 32.

La loi Julia n'a donc apporté presqu'aucun changement à l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme. Cette inégalité n'était pas sans choquer l'opinion publique (1). Mais les seules améliorations apportées avant la naissance du christianisme furent le don à la femme de l'actio de moribus et l'indignité du mari infidèle qui voulait attaquer sa femme pour adultère. Mais ce fut tout, et l'on peut s'en étonner, si l'on songe à l'abominable corruption des Romains à cette époque. Juvénal pouvait dire ironiquement, mais assez justement : « Dat veniam corvis, vexat censura columbas » (1).

CONCLUSION

Ainsi donc, que ce soit en Orient, chez les Grecs ou à Rome, chez tous les peuples, avant Jésus-Christ, l'adultère de la femme était seul puni ; celui du mari n'avait, au contraire, rien de répréhensible. Il y avait là une inégalité qui s'expliquait par les idées religieuses et la conception que l'on se faisait du mariage.

Il fallut attendre le christianisme pour qu'avec l'avénement d'une morale matrimoniale nouvelle fût prêchée l'égalité entre l'homme et la femme devant le devoir de fidélité.

---

(1) Certains passages de Plaute, qui se plaisait à la flatter, en sont la preuve. Notamment : *Le marchand*, acte IV, sc. 5, V. 3 et s.

(2) Juvénal, *Satires ;* II, v. 63

CHAPITRE II

La répression de l'adultère dans le monde chrétien

Le christianisme marqua l'avénement d'une morale matrimoniale nouvelle. Il détrôna le sensualisme des individus et suscita plus d'idéalisme en leur âme : la conception de l'union des sexes ne pouvait que gagner en beauté et en élévation morale.

Il commença par prêcher la pureté dans le mariage. Certes, aux yeux de l'Eglise, l'état matrimonial ne constitue pas la perfection, qui est la virginité, mais l'union sexuelle légitime est loin d'être immorale ; elle est même recommandée à ceux qui ne peuvent se plier à la virginité, « car il vaut mieux se marier que de brûler » (1).

Et l'union légitime est celle qui répond non seulement à certaines conditions de forme, mais surtout qui est en harmonie avec les principes du Maître, qui est conforme à l'esprit chrétien, c'est-à-dire une union pleine de dévouement, d'amour profond et de sacrifice mutuel : « N'avez-vous pas lu que le Créateur, au commencement, fit un homme et une femme et qu'il dit : A cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme, et ils deviendront les deux une seule chair. Ainsi, ils ne sont plus deux, mais une seule chair » (2).

Il en résulte que cette union sublime est indissoluble, car (2) il ne faut pas « que l'homme sépare ce que Dieu a uni ». C'est la condamnation du divorce, car tout époux

(1) Saint-Paul, *Première Epître aux Corinthiens;* Ch VII, 9, 28, 38.
(2) Saint-Matthieu, Ch. XIX ; 4 à 6

qui, « du vivant de son conjoint, en épouse un autre, sera appelé adultère » (1).

Et la conséquence logique de cette indissolubilité est la condamnation de l'adultère, poussée même très loin : « Et moi, je vous dis que quiconque regarde une femme avec convoitise, a déjà commis l'adultère avec elle dans son cœur » (2). Adultère dont les coupables, dit Saint Paul, « ne verront pas le royaume de Dieu » (3).

Cette obligation de fidélité est exigée aussi strictement de l'homme que de la femme. Cette phrase de Saint Paul prouve bien que l'homme et la femme ont des droits égaux l'un sur l'autre : « La femme n'a pas puissance sur son propre corps, mais le mari ; pareillement, le mari n'a pas de puissance sur son propre corps, mais la femme » (4) et Saint Jérôme ajoutait : « Si un mari peut répudier sa femme pour cause d'adultère, une femme peut quitter son mari pour le même crime ; dans des conditions égales, l'obligation est égale » (5).

La doctrine du Christ apporta donc des principes de morale tout nouveaux, qui tranchaient singulièrement avec les conceptions des peuples païens. S'il est vrai que le mari est considéré comme le chef, le directeur de l'union conjugale, la femme n'est cependant point placée dans une condition morale inférieure à la sienne ; elle a les mêmes droits que lui comme elle a les mêmes obligations de chasteté, d'amour conjugal et de fidélité ; ces devoirs sont identiques pour l'un et pour l'autre.

Ces principes nouveaux firent une révolution dans les

---

(1) Saint-Paul, *Epître aux Romains ;* Ch. VII, 2 et 3.
(2) Saint-Matthieu, Ch. V ; 27 et 28.
(3) Saint-Paul, *Epître aux Corinthiens ;* Ch. VI, 10.
(4) *Id.*, Ch. VII ; 4.
(5) Saint-Jérôme, *Epître XXIX ad Oceanum* (Eloge de Fabiola).

esprits païens. Quelle allait être leur influence sur les législations positives ?

Les chrétiens, tant qu'ils ne furent qu'un petit groupe, se contentèrent de prêcher leur doctrine par la parole et par l'exemple, mais lorsqu'ils furent devenus nombreux et puissants, ils eurent une influence certaine sur la législation de l'Empire romain, dans laquelle ils s'efforcèrent de faire passer leurs principes. Un jour vint où l'Eglise fut toute puissante et où le pouvoir temporel lui reconnut compétence absolue en certaines matières : l'adultère était de celles-ci. Les autorités ecclésiastiques eurent alors, jusqu'au seizième siècle, à interpréter et à développer les préceptes chrétiens pour en faire des principes légaux ; elles eurent donc à légiférer, elles eurent aussi à sanctionner leurs prescriptions et à juger. Mais, bientôt, le pouvoir temporel dressa son autorité à côté de celle de l'Eglise et, de plus en plus, la royauté française refoula l'autorité ecclésiastique dans le domaine spirituel ; et le Droit séculier, plus obligé de tenir compte des nécessités sociales et du milieu qu'il voulait régir, s'écarta sensiblement des principes du Droit canonique.

C'est ce que nous allons voir en étudiant successivement :

— Le Droit romain sous l'Empire ;
— La législation canonique ;
— L'ancien Droit français.

Section 1re. — LE DROIT ROMAIN SOUS L'EMPIRE

Le christianisme n'eut que peu d'influence sur le Droit romain impérial du mariage. Il fallut attendre Constantin

pour en trouver quelques traces et la législation justinienne, elle-même, n'en fut que peu impressionnée.

Dans les premiers temps de l'Empire, on aurait pu croire que les dispositions sévères de la loi Julia produiraient d'heureux effets sur les mœurs. Il n'en fut rien : jamais la dépravation ne fut plus grande et l'adultère était florissant. En même temps les divorces, rendus de plus en plus faciles, s'étaient multipliés et il faut peut-être voir là une preuve que la multiplication des divorces n'est pas forcément, comme on l'a soutenu, une cause de diminution des adultères, Mais peut-être aussi cet état de choses tenait-il à ce fait que, pendant toute la vie du père, la fille romaine, même divorcée, ne pouvait se marier à son gré.

La répression eût alors été des plus nécessaires pour arrêter la corruption des mœurs et, cependant, la loi Julia tomba en désuétude.

Il y eut bien quelques efforts des princes, de Tibère à Constantin, pour lui redonner vie, mais toutes les mesures prises ne produisirent elles-mêmes aucun effet. Une seule disposition est intéressante à rapporter ; elle ressort de rescrits d'Antonin le Pieux, de Marc-Aurèle et de Commode : le mari qui, malgré la prohibition de la loi Julia, avait tué sa femme surprise en flagrant délit d'adultère, se vit accorder, non pas l'impunité, mais tout de même une atténuation de peine. Quant au droit du père de tuer sa fille surprise en flagrant délit, il tendit de plus en plus à disparaître et cessa tout à fait le jour où le père n'eut plus sur ses enfants le droit de vie et de mort. — A côté de cette atténuation de peine au profit du mari, on voit apparaître une certaine compensation des adultères des deux époux : Ulpien rapporte que, lorsqu'un mari poursuit sa femme, le juge doit rechercher si le mari n'a pas lui-même

commis de « stuprun » et, au cas d'affirmative, le punir (1). On avait donc fini par admettre que le mari infidèle pouvait être puni, mais c'était seulement sur la plainte de la femme et lorsqu'il la poursuivait lui-même pour adultère.

Avec Constantin, l'Eglise chrétienne, jusque là persécutée, fut reconnue officiellement. On aurait pu s'attendre à un changement radical dans la législation de l'adultère. Il n'en fut rien et cela s'explique peut-être par les mœurs des Romains ; le milieu n'était pas propice à une réforme de ce genre et le christianisme, quoique triomphant, n'avait pas encore poussé assez profondément des racines dans les cœurs païens pour prétendre, du jour au lendemain, imposer ce changement.

C'est ainsi que le pardon, inconnu de la loi Julia, n'était pas plus possible qu'autrefois et la mort punissait non seulement ceux qui sciemment épousaient une femme condamnée pour adultère, mais encore le mari qui s'avisait de la reprendre (2). Avant toute poursuite, d'autre part, l'époux reste obligé de répudier sa femme. La législation de Constantin et de ses fils marque, d'ailleurs, une aggravation très nette des peines et on voit réapparaître la mort comme sanction de l'adultère.

Si les idées d'humanité du christianisme n'ont donc pas influencé le législateur sur ce point, il ne semble pas que les idées de justice et d'égalité l'aient beaucoup plus animé, car la différence traditionnelle entre le mari et la femme est maintenue et l'époux adultère reste impuni. Au point de vue civil, cependant, une constitution de Théodose et Valentinien termine, en 449, l'évolution de la loi vers l'éga-

(1) Dig., Loi 13, § 5.
(2) Loi 9 ; Code IX, 9.

lité des droits des époux, en ce qui concerne le sort des avantages matrimoniaux en cas de séparation. On a vu que, peu à peu, l'actio de moribus avait été donnée à la femme ; avec le système nouveau, elle disparaît ainsi que les retentiones. Le mari, qui avait le droit de répudier sa femme pour cause d'adultère, pouvait alors garder la donatio propter nuptias et gagner la dot entière de sa femme (1). Quant à celle-ci, par une juste réciprocité, l'infidélité de son mari lui permettait de demander le divorce et de réclamer sa dot avec la donatio propter nuptias en entier (2), grâce aux actions ordinaires ou à la revendication.

Ce n'est vraiment que dans le Droit de Justinien qu'on trouve la marque de l'influence chrétienne. Les Novelles 117 et 134 apportent à la législation de l'adultère des modifications importantes, indulgentes pour les femmes, rigoureuses pour les hommes. — Sans doute, au point de vue pénal, le mari reste-t-il encore impuni ; sans doute, aussi, son « jus occidendi » est-il, en même temps, très aggravé contre le complice : si le mari soupçonne quelqu'un de vouloir séduire sa femme, il n'a qu'à lui faire trois avertissements par écrit et à les faire constater par trois hommes dignes de foi ; après quoi, si ce complice présumé est surpris avec cette femme dans la maison, soit du mari, soit de la femme, soit du complice lui-même, ou dans les tavernes ou les faubourgs, il peut être légitimement tué par le mari ; s'il est trouvé dans tout autre endroit, le mari n'a qu'à faire constater le fait par trois témoins et à livrer le coupable au juge ; celui-ci appliquera les peines

(1) Loi 8, § 5 ; Code : *De repudiis* (Lib. V, tit. 17).
(2) Loi 8, § 2 et 4 ; Code : *de rep.*

de l'adultère (1). Mais le sort de la femme adultère subit une amélioration certaine : elle ne subit plus la peine de mort, mais le fouet et la réclusion dans un monastère ; pendant deux années, le mari avait le droit de reprendre sa femme en lui pardonnant ; ce délai passé, ou même auparavant, si le mari venait à mourir sans avoir pardonné, la femme était rasée, voilée et recluse à perpétuité (2). Mais le plus grand progrès dans le sens de l'égalité entre les époux se trouve en matière civile : si le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale ou dans la ville où elle se trouve, et qu'il ait été trois fois averti par les parents de sa femme, celle-ci peut légitimement divorcer ; elle garde la donatio propter nuptias et prend sur les autres biens du mari une valeur égale à cette donation ; il en sera de même au cas où la poursuite du mari contre sa femme, qu'il accuse d'adultère, aurait échoué (3).

Nous voilà donc en présence de la punition — civile, il est vrai — de l'entretien d'une concubine dans la ville qu'habitent les époux ou dans la maison conjugale ; et la Novelle 117, pour désigner celle-ci emploie, à propos du mari, la périphrase suivante : « domus in qua cum sua conjuge commanet » ; la Novelle 22, d'autre part, nous expose le motif de la disposition précédente : « parce que rien n'irrite plus les femmes mariées, surtout celles qui sont chastes, que le spectacle de la débauche du mari étalé sous leurs yeux » (4). Il faut voir là, semble-t-il, l'origine de certaines dispositions de l'article 230 du Code Napoléon (ses auteurs le diront eux-mêmes) et de l'article 339 du Code pénal.

---

(1) Nov. 117, cap. XIV, princip. Nov. 134, cap. XII.
(2) Nov. 117, cap. IX, § 5.
(3) Nov. 117, cap. IX, § 4.
(4) Nov. 22, cap. 15, § 1, 25.

Quel est le caractère de l'adultère sous l'Empire ? Il est toujours un délit social. D'autre part, nous avons vu que, sous l'ancien Droit romain, la plainte en adultère n'appartenait qu'au mari, puis que la loi Julia, en en faisant un crime public, avait distingué trois sortes d'accusations : celle du mari, celle de la famille, celle des étrangers (1) ; le droit des étrangers fut supprimé par Constantin : les parents et le mari demeurèrent seuls recevables à intenter l'accusation (2).

Tel fut le Droit romain de l'adultère, dans son dernier état. Il marque, en cette matière, le terme de l'étude si intéressante et si variée de la législation de Rome. Celle-ci, à côté d'erreurs incontestables dues à une conception parfois étroite et aveugle des droits et des devoirs de chacun, a eu le mérite de formuler quelques principes féconds, qui n'auront qu'à se développer sous l'influence bienfaisante de la civilisation et du christianisme, et dont nous retrouverons des applications dans notre ancien Droit et dans le Droit moderne.

Le Droit romain, en effet, sera à l'origine de celui de notre pays, qui va sortir de la fusion des lois romaines et des lois barbares. Car si l'Empire d'Orient va subsister jusqu'en 1453, déjà l'Empire d'Occident s'est effondré, en 476, sous les coups des Barbares. Que vont devenir les quelques traces laissées sur le Droit romain par l'influence chrétienne ?

Au début, un mélange curieux des lois des vainqueurs et

(1) L. 2 ; § 8, 9. Dig. *ad leg. Jul. de ad.*
(2) L. 30. C. *ad leg. Jul. de ad.*

du Droit des vaincus va se produire, dans lequel l'influence de l'Eglise ne pourra presque pas se faire sentir. Mais bientôt, sous les Carolingiens, les autorités ecclésiastiques prennent la haute main sur les affaires spirituelles et religieuses (le mariage et l'adultère figurent parmi elles) et le Moyen Age voit l'épanouissement du Droit canonique.

SECTION 2e. — LE DROIT CANONIQUE

L'influence de l'Eglise ne devint prépondérante en matière de mariage que vers le IXe siècle et ce n'est qu'à partir du Xe qu'elle enleva au pouvoir séculier la juridiction en ce domaine ; elle la conserva jusqu'au XVIe siècle.

Nous allons voir rapidement les premières lois qui ont régi notre pays, puis le Droit canonique.

§ 1er. LES LOIS BARBARES ET LES CAPITULAIRES

Lorsque la Gaule fut conquise par César, elle connaissait des coutumes très sévères pour l'adultère de la femme ; celle-ci avait une situation inférieure. Quant aux Germains, dont Tacite se plaît à louer les mœurs, on trouve chez eux, comme chez les Romains, un tribunal de famille chargé d'appliquer la peine ; celle-ci, fort sévère, pouvait aller jusqu'à la mort, infligée de différentes manières.

Après la chute de l'Empire d'Occident, les Barbares, maîtres de la Gaule, conservent leurs lois, mais les vaincus, soumis depuis la conquête de César à l'influence romaine, conservent les leurs; la Gaule connaît le système de la personnalité des lois et on trouve dans chaque région deux

législations en présence : la romaine et la barbare. Mais toutes ces lois : Papien, Bréviaire d'Alaric, lex romana Wisigothorum, lex romana Burgundorum, loi Salique, loi Ripuaire, n'apportent rien de nouveau à la législation romaine dont elles reproduisent les dispositions mêmes ou des dispositions similaires : répudiation pour cause d'adultère, caducité des donations matrimoniales, jus occidendi.

On retrouve ce jus occidendi et plusieurs autres dispositions dans les capitulaires des rois de France. Finalement, Charlemagne, en 806, se rallie, en matière d'adultère, à la législation canonique.

§ 2e. La législation canonique

Plus préoccupés de l'âme que du corps, de la vie morale des individus que de leur vie matérielle, le Christ et les Apôtres ne prononcèrent que des peines exclusivement spirituelles. Mais lorsque l'Eglise eut acquis sur les peuples une puissance temporelle, que papes, évêques et conciles devinrent eux-mêmes les réformateurs des lois humaines, que certains actes délictueux ressortirent directement à la juridiction ecclésiastique, l'adultère fut alors l'objet de peines non plus purement spirituelles, comme l'excommunication, mais aussi temporelles, comme la claustration dans un monastère.

Les autorités religieuses interprétèrent-elles fidèlement l'Evangile ? En respectèrent-elles l'esprit ? Appliquèrent-elles ses principes à la lettre ? On peut en douter si l'on met en regard de certains principes fondamentaux de la doctrine chrétienne : indissolubilité du mariage, égalité entre les deux sexes ou interdiction de tuer son prochain,

les applications qui en ont été faites par les Pères de l'Eglise.

En effet, l'Eglise hésita longtemps à condamner le divorce d'une façon radicale. D'autre part, elle sembla faire preuve d'une certaine indulgence à l'égard du mari, meurtrier de son épouse coupable d'adultère, contrairement à la défense ferme et sans restriction du Décalogue : tu ne tueras point! Enfin, à côté des textes canoniques qui rappellent nettement le principe « conjuges non ad imparia judicantur », les autres s'occupent tout spécialement de l'adultère de la femme et ont tout l'air de lui trouver plus de gravité qu'à celui de l'homme. N'est-on pas, dès lors, tenté d'affirmer qu'il y a eu fausse application de l'esprit évangélique ?

Il faut, sans se hâter de porter un jugement trop sommaire, remarquer, d'abord, que jamais les principes fondamentaux de l'Evangile n'ont été contredits par les Pères de l'Eglise et, en particulier, par des décisions papales ou conciliaires. Il faut, ensuite, réfléchir aux institutions et aux mœurs des populations dans le sein desquelles se répandit la doctrine chrétienne. Pendant les premiers siècles du christianisme, les adeptes de la religion nouvelle, se contentant de la faire connaître et aimer par des prédications et des exemples personnels, appliquaient intégralement les principes du Maître. Mais lorsque l'Eglise, devenue puissante, voulut transformer directement les institutions sociales, suivant son idéal moral, elle dut édicter les lois dont l'ensemble constitue le Droit canonique. Et, « dans cette tâche d'organisation de la vie sociale, qui leur imposait de déterminer des règles pratiques et d'établir des sanctions matérielles, les autorités ecclésiastiques devaient, dans l'intérêt même de la religion, tout en restant intransigeantes sur les principes et tout en les traduisant par

des dispositions légales qui les respectassent le plus possible, tenir compte, dans une certaine mesure, des mœurs des peuples qu'elles voulaient réformer et tâcher de le faire sans brusquerie. L'Eglise a toujours préféré, comme moyen de transformation sociale, aux révolutions violentes ou subites les évolutions lentes et progressives, les transitions méthodiques et graduelles qui, sans bouleverser la vie des peuples, lui permettent, au contraire, de se développer peu à peu et de se perfectionner sans à coup » (1).

Voilà pourquoi l'Eglise, tout en affirmant le respect absolu des principes, s'est laissé aller à l'indulgence dans leur application, quand elle n'en était point la violation formelle.

a) *Les Principes*

Sous la législation canonique, le mariage est un *sacrement :* l'adultère apparaît donc comme un sacrilège ou un parjure.

Il en résulte que ce mariage est *indissoluble.* Jusqu'au Concile de Trente, cependant, la question du divorce pour cause d'adultère fut l'objet de vives controverses : la discussion s'était élevée à propos d'un texte de Saint-Matthieu: « Celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour impudicité, se rend coupable d'adultère » ; le membre de phrase restrictif ne se trouvait ni dans Saint-Luc, ni dans Saint-Marc, ni dans Saint-Jean, et la question était de savoir s'il avait été prononcé par le Christ. Quoi qu'il en soit, le Concile de Trente trancha définitivement la question : le divorce ne doit pas être admis, pour quelque motif que ce soit. Depuis lors, l'indissolubilité n'a cessé d'être affirmée catégoriquement par l'Eglise catholique, en particulier par les

(1) A. Nast, *Op. cit.*, p. 41.

papes Pie IX dans le Syllabus et Léon XIII dans l'encyclique « Arcanum divinae ».

D'autre part, l'*unité de morale entre les deux sexes* fut toujours un principe respecté comme une vérité chrétienne. L'adultère des deux sexes est coupable à deux points de vue : par son impudicité et parce qu'il est une violation de la foi jurée. Mais il est aussi blâmable de la part de l'homme que de la femme. La maxime « una lex de mulieribus et viris » est, en effet, répétée sans cesse par les Pères de l'Eglise : Saint - Ysidore, Saint - Ambroise, Saint - Jérôme, Lactance, Saint-Jean-Chrysostome (1). Saint-Augustin estimait même que l'acte de l'homme était, au fond, encore plus blâmable que celui de la femme, car l'homme est « caput mulieris » et, par conséquent, « debet precedere in omnibus factis uxorem suam » (2). Les écrivains et les commentateurs soutenaient la même thèse, par exemple Gratien, Hostiensis, Petrus Leurenius (3). Il n'est pas jusqu'aux Conciles (4) et aux papes, en particulier Innocent Ier et Léon XIII (5), qui n'aient, quand il en fut besoin, rappelé ce principe.

b) *La répression*

Le fait que l'adultère constituait la violation d'un serment et la profanation d'un sacrement fit que, peu à peu, de juridictions disciplinaires qu'elles étaient en cette matière, les officialités finirent, au Xe siècle et jusqu'au XVe par être exclusivement compétentes.

---

(1) *Corpus juris canonici ;* Causes 32 (qu. 1, 4, 5, 7) et 33 (qu. 5). — Lactance ; *Institutiones divinae ;* lib. 6 ; c. 23, n. 24.

(2) Cause 32 ; qu. 6.

(3) Hostiensis, *Summa*, p. 387. — Petrus Leurenius, *Jus canonicum*, t. 4, lib. 5, tit. 16 ; de adult. et stupr., quest. 280.

(4) Notamment celui de Tolède.

(5) Encyclique *Arcanum divinae*, 10 février 1880.

Ces juridictions appliquaient le principe de l'Eglise que, seul, Dieu a le droit de retirer la vie à ses créatures. Elles n'admettaient donc pas le droit pour le mari de tuer sa femme trouvée en flagrant délit, se conformant par là à l'avis de Saint Augustin (1) ; cependant, certains écrits — notamment des papes Etienne et Nicolas — nous permettent de penser qu'elles montrèrent une certaine indulgence pour les maris meurtriers dans ces conditions. C'est toujours la distinction que nous avons signalée dans la vie de l'Eglise : rigidité dans la définition des principes ; accommodement, quand il est nécessaire, dans leur application.

Les officialités n'appliquaient pas la peine de mort. — Les pénalités qu'elles infligeaient étaient, d'abord, des peines criminelles, dont les plus usitées étaient l'excommunication ou la pénitence dans un monastère. Mais, avec le christianisme, l'idée s'est établie qu'il n'y a rien d'immoral, ni de répréhensible à ce qu'un mari consente à reprendre la vie conjugale, au cas où la femme coupable a fait pénitence ; nous retrouverons cette faculté de pardon dans notre Code pénal. — C'étaient, ensuite, des peines civiles : possibilité, pour l'époux trompé, de demander la séparation de corps, perte par le coupable de la dot et de la donatio propter nuptias.

La procédure était, au début, accusatoire, le droit d'accusation étant limité au mari, au père et aux proches parents. Mais, à partir du XIIe siècle, la procédure « per inquisitionem » se développa à côté de la procédure accusatoire.

(1) Cause 33 ; qu. 5, c. 9.

La prépondérance des juridictions ecclésiastiques, en matière d'adultère, incontestée au Xe siècle, ne tarda pas à subir les attaques du pouvoir royal grandissant. Dès 1336, Philippe de Valois leur retire le droit de juger les adultères commis par les laïcs ; ce crime fut, alors, mis parmi les « cas royaux » dont connaissaient seuls les sénéchaux et les baillis du roi. Quant à l'adultère commis par des clercs, il était considéré comme un délit privilégié dont l'instruction se faisait conjointement par le juge d'Eglise et le juge royal.

Cette question de compétence était fort importante en pratique, car le Droit canonique, si juste, si avancé pour l'époque, n'était pas suivi, sur bien des points, comme nous allons le voir, par le Droit séculier.

Section 3e. — L'ANCIEN DROIT

Le Droit canonique, plus porté à considérer l'intention des coupables que le résultat de leurs délits, mettait sur la même ligne l'adultère du mari et celui de la femme. D'autre part, du fait qu'il s'occupait plus des âmes que des corps, de la faute morale que de l'acte antisocial, il résultait que ses peines avaient un caractère éminemment religieux.

On conçoit, dès lors, que le Droit séculier, qui ne se préoccupait plus de morale pure, différât sensiblement de la législation ecclésiastique. Il est certain, cependant, que celle-ci n'a pas été sans influence sur lui. Ainsi, le mariage sera considéré dans l'ancien Droit comme un sacrement. Il en résulte que l'adultère présente, au premier chef, le caractère de crime de Droit divin, car « il renferme

tout à la fois un parjure et un sacrilège... et un attentat à la majesté suprême, en cherchant à séparer ce qu'elle avait si étroitement uni » (1). A côté du caractère religieux on prend aussi en considération le simple caractère moral, et on punit l'adultère comme développant sensiblement les passions humaines et conduisant aux drames les plus douloureux (2).

Mais cette conception religieuse et morale du délit étant admise, la conception de la famille dans l'ancien Droit va réagir sur la répression de l'adultère. Le mariage y est, en effet, considéré comme donnant au mari « la jouissance exclusive sur sa femme » (2) et l'on rencontre, à ce sujet, dans tous les anciens auteurs, des expressions telles que : possession de la femme par le mari, droit de disposer de sa personne, la femme est son bien, la propriété lui en a été assurée par la société... qui se trouvent résumées dans la formule consacrée au Moyen-Age : « Le mari est seigneur et maître de sa femme ».

L'adultère apparaît, alors, comme une atteinte aux droits du mari et l'action doit être réfusée à la femme contre son époux. Quelques coutumes, cependant, suivaient les règles du Droit canonique, si l'on ajoute foi aux déclarations de Beaumanoir et d'Espeisses. Mais il faut dire que c'était un principe à peu près généralement reçu que l'accusation d'adultère était interdite à la femme.

Pothier est de cet avis et les motifs qu'il donne mettent bien en lumière les idées de l'époque sur la situation de l'épouse vis-à-vis de son mari : « Il n'appartient pas à la

---

(1) Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France*, première partie, liv. 3, tit. 4, ch. 5, § 1, n° 3.

(2) Fournel, *Traité de l'adultère considéré dans l'ordre judiciaire*; p 275 et s.

femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite du mari, qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches sur sa conduite » (1).

Fournel (2) attribuait au mari « inspecteur-né des mœurs de sa femme », un « droit de possession », bien plus, un « droit de propriété sur celle-ci ». Vivès enseigne que « mariée, la femme doit obéissance à celui qu'elle a pris pour seigneur et maître » et, plus loin, il déclare gravement que la femme mariée ne doit pas être ardente au plaisir « car elle porte le nom de dignité et non de volupté » (3). Montaigne lui-même, dans ses Essais, soutient que la femme doit se conserver chaste et fidèle, tandis que l'homme ne commet pas grand crime à céder aux sollicitations de ses sens (4). Un autre auteur, Henrys (5), va jusqu'à dire : « La femme est plus obligée d'aimer son mari que non pas le mari à aimer sa femme ». C'est bien le cas de dire avec Pascal que « le cœur a ses raisons que la raison ne connaît pas » !

Mais cette explication, tirée de la puissance maritale, qui nous fait sourire aujourd'hui et qui dénote l'influence de l'esprit romain sur le Droit français, n'est pas la seule qui soit mise en avant par les anciens auteurs pour justifier la différence de traitement entre le mari et l'épouse coupables d'infidélité. Ils en donnent une autre, qu'ils tirent de l'intérêt des familles. L'ancien Droit, en effet, est dominé par le souci d'assurer la puissance et la continuité de la famille ; le nom, la noblesse, les biens ne doivent pas

(1) Pothier, t .6 : *Contrat de mariage ;* n° 516.
(2) Fournel, *Op. cit. ;* p. 11, 275 et s.
(3) Vivès, *Livre de l'Institution de la femme chrétienne ;* liv. 2, ch. 3, p. 160.
(4) Montaigne, *Essais ;* liv. 3, ch. 5, t. 5, p. 67 et s.
(5) Henrys, *Œuvres ;* t. 4, § 763.

sortir du groupe familial légitime, assis sur la présomption : pater is est quem nuptiae demonstrant.

Il en résulte qu'à l'encontre des principes de l'Evangile et du Droit canonique, le Droit séculier fait une distinction entre l'adultère des deux époux. Sans doute, on reconnaît bien que l'infidélité de l'homme est « très criminelle en soi » et que « si l'on jugeait la question par les principes du for intérieur, l'accusation d'adultère serait accordée contre les maris aussi bien que contre les femmes » (1). Mais, au point de vue des conséquences, l'infidélité de l'épouse apparaît comme beaucoup plus répréhensible que celle du mari.

Ainsi, Jousse (2) soutient bien que permettre aux femmes de poursuivre leur mari pour adultère, ce serait leur fournir le prétexte d'une multitude de réclamations scandaleuses, mais il ajoute que « l'incontinence du mari n'a pas, comme celle de la femme, l'inconvénient d'introduire des étrangers au milieu des enfants légitimes ». Et Pothier précise : « L'adultère du mari ne fait pas passer les biens de la famille à des étrangers ». A quoi Serpillon (3) ajoute : « L'infidélité de la femme a de plus graves suites, elle donne au mari des héritiers nécessaires et qui, cependant, ne sont pas ses enfants ».

Il semble bien qu'en définitive, ce soit la principale des raisons invoquées en faveur d'une différence de traitement entre le mari et la femme coupables d'adultère.

Quoi qu'il en soit de ces explications : introduction d'étrangers au milieu d'enfants légitimes, possibilité d'une multitude de réclamations scandaleuses et irrespect qu'elles

(1) Fournel, *Op. cit.*, p. 12.
(2) Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, p. 14.
(3) Serpillon, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1670.

dénoteraient pour l'autorité maritale, en règle générale l'action d'adultère est refusée à la femme.

On trouve bien un arrêt du Parlement de Rennes, du 17 novembre 1568, déclarant que « désormais tous adultères, sans distinction de sexes, seraient punis de mort ». Mais il convient de remarquer que cet arrêt de règlement ne voulait atteindre que la femme adultère et son complice et non pas l'homme marié infidèle. Celui-ci ne pouvait être puni qu'en tant que complice de l'infidélité d'une épouse. Et l'on ne trouve aucune jurisprudence contraire à cette interprétation.

Il semblerait pourtant, si l'on en croit Muyart de Vouglans et Laroche-Flavin (1), que les hommes étaient punis moins sévèrement que les femmes, mais qu'ils n'échappaient pas à tout châtiment et qu'au surplus on s'en remettait pour cela à l'équité du juge. Mais la grande majorité des auteurs refuse à la femme, conformément au Droit romain, le droit d'accuser, au criminel, son mari d'adultère (Farinacius, Fournel, Papon) et leur opinion est résumée par Jousse qui dit nettement : « La femme ne peut intenter dans aucun cas l'action d'adultère contre son mari, quand même il aurait chez lui une concubine, et les lois civiles en laissent la vengeance à Dieu » (2).

En cas de meurtre de l'épouse coupable ou de son complice trouvés en flagrant délit, il semblerait, cependant, qu'il y eût égalité puisque, si la femme, dans ce cas, est passible d'une peine de droit commun, comme meurtrière, « il n'est pas permis, en France, au mari de tuer ni l'adul-

(1) Muyart de Vouglans, n° 10. — Laroche-Flavin, *Arrests du Parlement de Toulouse*, 1745 ; liv. 1, tit. 7, arr. 1.

(2) Farinacius, *Opera criminalia*, p. 141, n° 104. Fournel, *Op. cit.*, p. 13 et s. Papon, *Rec. d'arrests not. des cours souveraines;* liv. 22, t. 9, n. 3 ; liv. 24, t. 2, n. 6. Jousse, t. 3, p. 240.

tère, ni la femme » (1). Mais, en fait, l'époux meurtrier obtenait aisément grâce du roi, qui lui accordait des lettres de rémission ; rien de tel ne se faisait au profit de l'épouse.

Mais la femme accusée d'adultère par son mari, également coupable du même crime, jouit-elle au moins d'une exception ? Il n'y a point accord des auteurs sur cette question. Certains admettent que la femme coupable pouvait opposer à son mari l'adultère de celui-ci : Guy Coquille (2), Jousse, Serpillon, Papon, Fournel. D'autres distinguent entre l'action civile et l'action criminelle ; l'exception de la femme infidèle, au cas d'adultère de son mari, n'aurait présenté d'intérêt qu'au point de vue civil pour empêcher que le mari gagnât la dot, mais non pour empêcher l'accusation criminelle et la punition de l'adultère : Rousseaud de Lacombe et Farinacius sont de cet avis.

Quoi qu'il en soit, l'accusation de la femme, confiée par le Droit romain du Bas-Empire aux parents et à l'époux seulement, fut resserrée dans les seules mains du mari ; l'adultère fut considéré comme un délit privé dont la vengeance lui était exclusivement réservée et l'on établit la maxime : « Maritus genitalis thori solus vindex ». Seul, l'époux trompé peut demander la punition de la souillure du lit conjugal.

Cette punition de l'infidélité de l'épouse fut très sévère (3). Jusque vers le XVIe siècle, la femme pouvait être condamnée

---

(1) Jousse, *Op. cit.*, t. 3, 4e p., t. 21, de homicidio, p. 26. Certaines coutumes, comme celle du Berry, admettaient pourtant ce droit du mari.

(2) Coquille, *Institution au Droit français*, Douaire, *in fine*, qu. 147.

(3) La réprobation publique ne correspondait d'ailleurs pas à la gravité de la répression pénale ; l'adultère était considéré comme une « espièglerie de société » (Fournel) ; c'était le mari trompé qui se trouvait le plus puni, l'opinion publique l'accablait de ridicule et « le parti le plus sage qu'on pouvait conseiller à un mari, en pareille occasion, c'était de dévorer ses chagrins en silence » (Fournel).

à mort. Mais il semble bien, d'après les arrêts qui ont statué en cette matière, que la peine de mort n'était prononcée contre elle qu'au cas où elle fréquentait un homme de condition inférieure. Les peines le plus couramment appliquées au Moyen-Age furent : la « course des battus » qui consistait à faire courir les coupables, nus, d'un point de la ville à un autre et à être fustigés par les spectateurs ; puis, la « fustigation » simple.

Celle-ci finit bientôt, à son tour, par disparaître, et la peine généralement appliquée fut « l'authentique sed hodie ». Après la renaissance du Droit romain en France, en effet, notre ancienne jurisprudence s'appropria, pour établir, vers le XVe siècle, sa théorie pénale, de nombreux éléments de la législation romaine du Bas-Empire, relative à l'adultère, auxquels elle fit subir certaines transformations. C'est ainsi que de nombreux arrêts, rendus sous l'ancien régime, ont appliqué « l'authentique sed hodie », c'est-à-dire la peine établie contre l'adultère par Justinien : la femme condamnée était enfermée dans un cloître, après avoir subi la fustigation ; si le mari consentait à la reprendre dans un délai de deux ans, l'union n'était pas dissoute, mais s'il mourait pendant ce temps ou laissait s'écouler les deux années, la femme avait les cheveux rasés, revêtait l'habit monastique et restait enfermée jusqu'à sa mort. La fustigation ayant elle-même bientôt disparu, la peine se rapprochait ainsi du châtiment religieux.

L'authentique comprenait aussi une peine civile. L'ancien Droit, s'inpirant des principes contenus dans les Novelles 117 et 134 de Justinien, modifiées par la Novelle 32 de Léon, privait la femme convaincue d'adultère de sa dot, de son douaire, de sa part de communauté, des legs et donations à elle faits par son mari, en un mot de tous les avantages

matrimoniaux. La dot profitait au mari dans des proportions différentes suivant qu'il y avait ou non des enfants. Il en était privé s'il était lui-même coupable du même crime, ainsi que des donations et de tout autre avantage matrimonial.

Enfin, l'adultère entraînait la séparation de corps. Mais il y a discussion pour savoir si, commis par le mari, il pouvait servir à la femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation (divortium quoad thorum) · Pothier est partisan de la lui refuser (1) ; d'autre part, l'arrêt du Parlement de Paris du 13 avril 1543 semble exiger pour la lui accorder que le mari « entretînt en sa maison une paillarde » et maltraitât sa femme. Il faut conclure, semble-t-il d'après les décisions intervenues, qu'en général les juges autorisaient rarement la séparation de corps au profit de la femme, en dehors des cas de faits particulièrement graves : scandale, mauvais traitements, par exemple.

Il faut voir là une conséquence de l'idée que l'adultère de l'homme est moins répréhensible que celui de la femme.

C'est l'idée qui ressort de l'étude de la répression de l'adultère sous l'ancien Droit. Elle montre la différence essentielle séparant celui-ci du Droit canonique ; elle met en lumière les obstacles que peuvent représenter l'état d'esprit et les préjugés d'une époque pour l'application de principes justes et équitables.

Elle était si solidement ancrée dans les esprits, même les meilleurs, qu'on peut encore la trouver à la fin de l'ancien

(1) Pothier, *Op. cit.*, ch. 3, art. 1, § 1, *in fine*, n. 516.

régime, sous la plume de Montesquieu (Montesquieu, idole des Constituants, si imbus du principe d'égalité !) : « Les lois politiques et civiles de presque tous les peuples ont, avec raison, demandé des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent point des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus, parce que la femme, en violant les lois du mariage, sort de l'état de sa dépendance naturelle, parce que la nature a marqué l'infidélité des femmes de signes certains, outre que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari et à la charge du mari, au lieu que les enfants adultérins du mari ne sont point à la femme ni à la charge de la femme » (1).

***

Mais il est certain, malgré tout, que l'ancien Droit, comme le Droit canonique, a toujours considéré le mariage comme un sacrement et l'adultère comme une atteinte à des engagements de Droit divin. Tout l'ancien régime a vécu sur cette conception ; pour qu'elle disparût, il fallut attendre la Révolution.

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois ;* liv. 26, ch. 8.

CHAPITRE III

La répression de l'adultère depuis la Révolution

Avec la Révolution commence une ère de véritable « crise du mariage » (1). La conception du mariage-sacrement, contrat religieux en même temps que civil, est rejetée pour faire place à celle du contrat exclusivement civil.

Cette théorie devait conduire à admettre que le mariage pouvait être rompu par le consentement mutuel des parties ou d'autorité en cas d'inexécution de ses obligations par l'une d'elles. Le divorce, réclamé comme un droit élémentaire par les écrivains du XVIIIe siècle, Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu, Voltaire, Diderot, paraît alors conforme au principe de l'inaliénabilité de la liberté individuelle et à la Déclaration des Droits de l'homme.

Décidé sous la Constituante, l'établissement du divorce ne fut réalisé que par l'Assemblée Législative. Il nous sera donné de rechercher si l'adultère était une cause de divorce. Mais pénalement il ne fut réprimé, réellement, que par les codes napoléoniens. La loi de 1816 vint supprimer le divorce, mais la loi de 1884 le rétablit en apportant d'importantes modifications au Code Napoléon, au point de vue de l'adultère.

Nous verrons donc successivement :

— la législation intermédiaire,

— la législation depuis 1804,

— le Droit actuel.

---

(1) L'expression sert de titre à un ouvrage de M. Olivier Martin : *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (1789-1804). Thèse, Paris, 1901.

SECTION Ire — LA LEGISLATION INTERMEDIAIRE

Ce fut la loi du 20 septembre 1792 qui établit le divorce. Mais, à côté de celui-ci, devait-on sanctionner pénalement l'infidélité conjugale ?

Les Constituants ne l'avaient pas pensé : le 7 juillet 1791, en effet, Desmeuniers présenta à l'Assemblée le titre II du projet de décret du Comité de constitution sur la police municipale et correctionnelle. Il contenait deux articles relatifs à l'adultère. L'article 10 disait notamment : « La plainte en adultère ne pourra être poursuivie que par le mari et que par la voie seulement de la police correctionnelle... La femme convaincue de ce délit sera punie, selon les circonstances, d'un an, de 18 mois ou de 2 années d'emprisonnement et de la déchéance des conventions matrimoniales établies en sa faveur. La dot ne sera point confisquée ; le mari en aura la jouissance, quelles que soient les clauses du contrat de mariage, à la charge toutefois d'une pension alimentaire, ainsi qu'elle sera réglée par le juge ; le mari pourra à chaque instant faire cesser la peine, en déclarant qu'il consent à recevoir sa femme dans la maison... » (1). Quant au mari coupable, aucune peine n'était prononcée contre lui. Mais Darnaudat fit observer qu'il n'était pas possible de statuer sur la plainte de l'adultère sans statuer en même temps sur le divorce. Dupont pensa de même que ces deux questions avaient de trop gros rapports entre elles pour qu'on les séparât. Aussi ces deux articles furent-ils renvoyés au Comité de constitution.

---

(1) *Moniteur universel*, 8 juillet 1791 : *Disposition générale sur les peines de la police correctionnelle et les maisons de correction*, art. 10.

La loi des 19-22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle n'édicta donc pas de peines contre l'adultère. Il en fut de même du Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791.

La loi du 20 septembre 1792 établit le divorce d'une façon très large, mais la question de la répression de l'adultère qui avait été réservée fut passée sous silence ; on comprit seulement parmi les causes du divorce le « dérèglement de mœurs notoire » d'une façon générale, quel qu'en soit le lieu et sans distinguer entre les deux sexes. Après une extension, en l'an II, de la loi de 1792, on revient à celle-ci, en l'an III, devant les abus provoqués par la liberté excessive accordée aux époux. On la restreindra même, en l'an IV, sous le Directoire.

Pendant ce temps, plusieurs projets de Code civil avaient été présentés par Cambacérès, mais jamais discutés entièrement : ils faisaient une large place au divorce (1).

Le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV, pas plus que celui de 1791, ne s'occupe de l'adultère. Jusqu'au Code civil de 1804, sa seule sanction fut donc le divorce. Cependant, la jurisprudence suppléa à la loi, en appliquant les principes de l'ancien Droit relatifs aux conséquences civiles de l'adultère : annulation des donations et avantages matrimoniaux, avec cette différence, toutefois, que la femme n'était plus privée de sa dot (2).

Mais le redressement moral entrepris par le Premier Consul devait le conduire à établir l'ordre dans la famille et l'adultère va être réprimé par les codes napoléoniens.

---

(1) Voir leur texte dans : Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ;* Paris 1827-1828 ; t. 1. Voir aussi : O. Martin, *Op. cit.*, p. 102, 112, 144.

(2) Voir : Cass., 2 Ventôse an XI.

SECTION 2e. — LA LEGISLATION DEPUIS 1804

On ne devait pas attendre jusqu'en 1810, date de la promulgation du Code pénal, pour sévir pénalement contre l'infidélité conjugale. Quoique civil, le Code de 1804 contenait, à côté du divorce et de la séparation de corps pour cause d'adultère, des dispositions criminelles contre celui-ci.

Le projet (1) qui devait aboutir sous le Consulat (c'était le 5e), rédigé en l'an VIII, fut présenté devant le Conseil d'Etat, le 14 Vendémiaire an X (6 octobre 1801), par Portalis.

Son article 2 énonçait les causes déterminées du divorce et l'on y trouvait :

— l'adultère de la femme accompagné de scandale public ou prouvé par des écrits émanés d'elle ;

— et celui du mari qui tient sa concubine dans la maison commune.

Le titre « du divorce », promulgué le 10 germinal an XI (31 mars 1803), auquel aboutirent les discussions du Conseil d'Etat, les délibérations du Tribunat et les votes du Corps législatif (2) est sensiblement différent :

Article 229. — « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme ».

Article 230. — « La femme pourra demander le divorce (3)

---

(1) Texte dans : Fenet, *Op. cit.*, t. 9, p. 248.

(2) Un aperçu des modifications subies par le projet, entre sa présentation et son adoption, sera donné lorsque nous étudierons les travaux préparatoires des Codes, dans le chapitre 1er de la 4e Partie : « *Le fondement de l'article* 339 *du Code pénal* »

(3) Un autre article prévoit que la séparation de corps peut être demandée pour les mêmes causes que le divorce.

pour cause d'adultère du mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ».

Comment expliquer la présence, tant dans le projet que dans le Code Napoléon, de cette expression de « maison commune » ? Si nous pouvions en douter, l'un des rédacteurs du projet, Tronchet, nous l'apprendrait : « Nous avons pris, dit-il, des lois romaines la distinction établie entre le mari et la femme par rapport à l'adultère ». Cette notion de maison commune (qui va se retrouver dans le Code pénal de 1810 sous le terme de « domicile conjugal ») nous vient donc du Droit romain. Quand le législateur moderne, fidèle à son habitude, a cherché dans l'Antiquité les éléments de sa doctrine, c'est au texte de Justinien qu'il a emprunté le plus.

Le Code Napoléon établissait donc une différence entre le mari et l'épouse qui voulaient demander le divorce pour cause d'adultère. Mais il contenait, en outre, une disposition singulière à l'article 298 : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère... la femme... sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, et qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années » (1).

Disposition singulière à deux points de vue — D'abord, on peut s'étonner de trouver dans un code civil une disposition répressive purement pénale.

— Ensuite, les articles 298 et 308 faisaient prononcer par les tribunaux civils des condamnations correctionnelles comme accessoires d'une sentence rendue en matière ci-

(1) L'article 308 édictait une prévision parallèle pour la séparation de corps.

vile. Le cas est assez rare (1), dans nos lois, d'une semblable attribution aux juridictions civiles, alors qu'il est de principe que les juridictions répressives puissent statuer sur les intérêts lésés par l'infraction qu'ils viennent de punir.

Comment s'explique la présence de ces articles dans le Code Napoléon ? Il faut se rappeler que lorsque celui-ci a été discuté et promulgué, le texte du Code pénal, qui devait punir l'adultère, n'existait pas encore et la discussion et la promulgation ont eu lieu sous l'empire de la législation pénale intermédiaire, muette sur le délit d'adultère. Aussi, comme le dit Demolombe, « le nouveau législateur, impatient peut-être de rétablir une pénalité contre l'adultère, la décréta-t-il tout de suite dans le Code civil ».

Quoi qu'il en soit de leur présence insolite dans le Code Napoléon, il faut observer que les articles 298 et 308, ayant sanctionné pénalement l'adultère de la femme, sont absolument muets sur celui du mari.

Cette inégalité, qui avait soulevé des critiques au Conseil d'Etat pendant la discussion du projet (2), ne disparut pas, mais fut atténuée dans le Code pénal de 1810.

Un projet de Code pénal de l'an IX avait, en effet, commencé d'être discuté au Conseil d'Etat en l'an XII et en l'an XIII, mais la discussion fut interrompue pendant quatre ans et le projet ne fut repris qu'en 1808. Sa discussion et son adoption aboutirent à la promulgation du Code pénal, en 1810.

---

(1) On peut citer au moins un autre cas dans notre Droit moderne : celui de l'action vexatoire en recherche de paternité naturelle (loi du 16 novembre 1912, article 3) ; en cette matière, les demandeurs convaincus de mauvaise foi se voient appliquer les peines de l'article 400, § 2, du Code pénal par le tribunal civil qui a statué sur l'action en recherche de paternité. D'autre part, sous la Révolution, les peines de l'escroquerie étaient prononcées par les juridictions civiles.

(2) Notamment celles du Premier Consul.

Le projet contenait un article 292 et un article 294 qui devinrent, presque sans changement, les articles 337 et 339 du Code :

Article 337. — « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus ».

Article 339. — « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de 100 à 2.000 francs ».

Les peines appliquées à la femme adultère par l'article 298 du Code Napoléon étaient donc reprises par l'article 337 du Code pénal, mais le mari coupable d'entretien de concubine au domicile conjugal tombait aussi sous le coup de la loi pénale (plus indulgente, il est vrai, à son égard que vis-à-vis de son épouse).

Il y avait ainsi harmonie entre l'adultère pénal, délit, objet de la répression publique, et l'adultère civil, cause de divorce ou de séparation de corps mise à la disposition des épouses bafouées et désireuses d'abandonner légalement leur conjoint. Le législateur napoléonien était parti de cette idée que l'adultère du mari n'était répréhensible que sous le toit conjugal et la rédaction des articles 230 du Code civil et 339 du Code pénal était semblable.

La promulgation du Code pénal rendait inutiles les dispositions des articles 298 et 308 du Code civil. Elles subsistèrent, cependant, jusqu'à la loi du 27 juillet 1884, rétablissant le divorce, qui les supprima.

La loi du 8 mai 1816 avait, en effet, supprimé le divorce, mais elle avait laissé subsister la séparation de corps, avec la possibilité de l'obtenir pour les mêmes causes que précédemment. L'article 230 subsistait donc dans son intégrité.

Mais la loi du 27 juillet 1884 lui porta une atteinte sérieuse en établissant l'égalité complète entre l'adultère de la femme et celui du mari, en tant que cause de divorce ou de séparation de corps. L'article 230 devint ainsi le pendant de l'article 229 du Code civil, et l'harmonie était détruite entre l'adultère civil et le délit, car, au point de vue pénal, il y avait toujours deux degrés dans l'adultère : l'entretien de concubine au domicile conjugal et l'adultère de la femme.

On avait bien pensé, à vrai dire, en 1884, à faire disparaître le désaccord entre la législation civile et la législation pénale de l'adultère. Mais on n'a pas voulu, faisant une loi sur le divorce, toucher au Code pénal. Après 1884, il n'y a plus de modifications législatives relatives à l'adultère. Ce manque d'harmonie entre notre Droit civil et notre Droit pénal caractérise donc notre législation actuelle.

Section 3e. — LE REGIME ACTUEL DE L'ADULTERE

Notre législation pénale présente de l'adultère est faite d'emprunts au Droit romain. Mais cet emprunt s'est fait à travers notre ancienne jurisprudence ; celle-ci, en adoptant comme base de sa doctrine les Novelles 117 et 134 de Justinien et la Novelle 32 de Léon, a construit sur le tout une théorie originale, où se retrouve l'influence du Droit canonique et de l'ancien Droit français. C'est donc, à la fois, du Droit romain, du Droit canonique et de l'ancien Droit que notre Code pénal est l'héritier.

Au Droit romain (qui l'avait reçu du Droit grec), il a repris le « jus occidendi » et il en a fait une excuse atténuante au profit de l'époux meurtrier de sa femme ou du complice « à l'instant où il les surprend en flagrant délit

dans la maison conjugale » (article 324 du Code pénal). C'est encore la législation romaine qui lui a transmis la notion du domicile conjugal qu'on trouve dans l'article 339 et qui est un élément constitutif du délit d'adultère du mari.

Du Droit canonique il a reçu l'idée du pardon, inconnue des lois antiques, et il l'a mise en application sous deux formes : possibilité de désistement en cours d'instruction, droit de grâce du mari à l'égard de sa femme, pendant l'exécution de la condamnation.

L'ancien Droit, enfin, lui a transmis, dans une certaine mesure, sa conception du rôle du mari dans le ménage et de l'inégalité entre les deux époux. De fait, cette inégalité se rencontre à chaque pas dans le régime de l'adultère : inégalité dans la constitution du délit (adultère simple pour la femme, entretien de concubine au domicile conjugal pour l'homme), inégalité dans la répression, droit de grâce et excuse de meurtre en cas de surprise en flagrant délit accordés au seul mari.

Mais, après avoir pris certains éléments dans le passé, le législateur de 1810 a innové : d'abord, l'adultère n'est plus un crime, mais un délit, à cause de « la contradiction qu'il y avait entre l'opinion et la loi » (1) — ensuite, les deux sortes de poursuites de l'adultère, civile et pénale, sont indépendantes : on peut demander le divorce ou la séparation de corps sans poursuivre pénalement et réciproquement. Or, l'ancien Droit, on l'a vu, faisait découler la séparation de corps de la condamnation pour adultère et le Code Napoléon (articles 298 et 308) subordonnait la

(1) Rapport de Monseignat au Corps législatif, à la séance du 17 février 1810. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 30, p. 522.

condamnation pénale à la prononciation de la séparation de corps ou du divorce. Quelle que soit, enfin, l'opinion qu'on ait sur la différence de traitement établie entre les deux époux infidèles, il faut remarquer qu'à l'encontre de toutes les législations antérieures (sauf le Droit canon dont d'importantes décisions allèrent encore plus loin que lui), le Code pénal a reconnu à la femme trompée une action criminelle contre son mari. Certes la loi pénale s'est montrée fort indulgente à l'égard de celui-ci, mais c'est la première fois qu'un tel droit, même ainsi restreint, est accordé à la femme. Ajoutons que, lorsqu'il y a adultère réciproque, il y a compensation de peines entre les époux.

Ce progrès de notre Code pénal sur les lois et les coutumes qui l'ont précédé ne doit pas faire perdre de vue, cependant, ce qu'il y a d'inique dans de pareilles dispositions, et on peut s'étonner de les trouver dans une législation issue de la Révolution et nettement animée par l'individualisme et le principe d'égalité. Nous aurons à voir quelles idées ont guidé les rédacteurs du Code pénal, mais il nous faut constater que c'est l'intérêt (ou ce que l'on croyait tel) de la Société qui a fait établir l'inégalité entre deux individus : le mari et la femme.

Et, cependant, cela peut paraître douteux, si l'on remarque que le Code pénal semble plutôt avoir considéré l'adultère comme un délit privé. En effet, les délits « sociaux », contraires à l'intérêt général, sont soumis à des règles auxquelles déroge l'adultère :

— l'article premier du Code d'instruction criminelle pose en principe que « l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ». Or, nous avons vu que, dans l'ancien Droit, le

mari seul avait le droit de poursuivre sa femme pour adultère ; les procureurs du roi ne pouvaient mettre d'eux-mêmes l'action publique en mouvement. Le Code pénal a maintenu le même principe en l'étendant à la femme dans le cas où elle a la faculté de poursuivre son mari : une plainte préalable de l'époux offensé est nécessaire pour la mise en marche de l'action publique.

— mais, celle-ci une fois exercée, le ministère public a seul, d'ordinaire, le droit d'abandonner l'accusation : ici, le désistement de l'époux offensé arrête la poursuite.

— enfin, en règle générale, l'exécution de la peine prononcée ne peut être arrêtée que par l'effet de la grâce ou de l'amnistie ; or, le mari a le droit de grâce en matière d'adultère.

Il semblerait donc que celui-ci est considéré par le Code comme un délit privé. Comme tous les « crimes et délits contre les particuliers », il nuit à l'intérêt général en même temps qu'il cause un préjudice personnel à un individu; mais, pourrait-on dire, on protège uniquement, de même qu'on le fait en réprimant, par exemple, les atteintes à la propriété, le droit d'un individu. En réalité, la loi voit dans l'adultère un acte répréhensible parce qu'il est la violation de la foi conjugale qui est la garantie la plus sûre de la stabilité familiale, et que la famille est l'une des bases de la Société. Les règles spéciales, établies en notre matière, s'expliquent par des considérations, elles aussi spéciales : l'union conjugale est une association « sui generis » et nécessite des règles « sui generis » ; or, c'est l'intérêt général lui-même qui exige la subordination de l'exercice de l'action publique ou de l'exécution de la peine à certaines conditions, car l'époux outragé doit être juge de l'opportunité de ces mesures, étant plus que tout autre, et même

seul, en mesure d'estimer s'il convient ou non, pour la paix du foyer, de punir l'infidélité du conjoint. Il n'en est pas moins vrai que l'adultère est un acte nuisible à l'intérêt social et qu'il est réprimé comme tel.

Est-ce cet intérêt social qui explique notre régime pénal actuel de l'adultère ? Nous aurons à le rechercher; mais il nous faut revenir sur cette constatation que ce régime se caractérise, quoique le Code pénal soit en très net progrès sur les législations qui l'ont précédé, par une inégalité de traitement entre les deux époux coupables d'infidélité.

CONCLUSION

La question que nous nous sommes posée est de savoir, en définitive, s'il est souhaitable de voir subsister cette inégalité entre les deux sexes. L'étude des régimes qui ont précédé le nôtre nous a éclairés sur les idées qui ont pu présider à l'élaboration de notre loi.

Mais il ne suffit pas de constater cette inégalité, il faut encore en connaître l'étendue :

— Disons tout de suite que la différence de punition établie par le Code entre les époux adultères, si elle existe dans le texte, n'existe pas en pratique ; les tribunaux font largement usage du droit si souple qui leur est accordé par l'article 463 d'admettre les circonstances atténuantes et la femme infidèle n'est jamais condamnée qu'à une amende. Nous reparlerons de cette inégalité dans la répression,

comme de celle qui existe pour le droit de grâce et pour l'excuse de l'article 324.

— Mais la grosse différence, celle qui caractérise notre système pénal, est celle que l'on a introduite dans la constitution du délit : la coexistence de deux infractions, l'adultère de la femme et l'entretien de concubine au domicile conjugal. Nous avons dit (1) que l'interprétation plus ou moins large de ces deux termes : entretien de concubine et domicile conjugal, pouvait accentuer ou, au contraire, amenuiser considérablement la différence de traitement des époux coupables.

L'interprétation du terme « entretien de concubine » est une question de fait pour le juge. Nous avons signalé (1) les problèmes — communs à tous les délits d'habitude — que soulevait cette interprétation.

Nous avons dit, également, dans quel but nous entreprenions spécialement l'étude de l'interprétation du terme « domicile conjugal », que nous abordons maintenant : en examinant l'application de la loi et ses conséquences, voir s'il n'est pas désirable de modifier son texte.

(1) Voir notre Introduction.

DEUXIÈME PARTIE

La notion du domicile conjugal dans l'entretien de concubine en droit français actuel

La législation répressive de l'adultère du mari réside uniquement, aujourd'hui, dans l'article 339 du Code pénal qui punit « l'entretien d'une concubine au domicile conjugal ».

La question qui se pose ici est de savoir ce qu'on doit entendre, en Droit français actuel, par « entretien de concubine au domicile conjugal » ; en d'autres termes, de savoir dans quels cas on se trouve en présence d'habitations ayant le caractère de domicile conjugal.

⁂

Le mari peut manquer à son devoir de fidélité envers son épouse et avoir des rapports intimes habituels avec une maîtresse, soit dans un lieu d'habitation qui lui est propre, soit, au contraire, dans l'habitation de la concubine.

Dans le premier cas — celui où *l'adultère a lieu chez le mari* — il semble que la réponse soit simple : il y a entre-

tien de concubine au domicile conjugal. Mais une question délicate se pose après un examen plus attentif : tous les lieux où habitera le mari peuvent-ils être considérés comme domicile conjugal ou bien ne faut-il pas, pour cela, qu'ils répondent à certaines conditions ?

Dans le second cas, au contraire — celui où *l'adultère est consommé chez la maîtresse du mari* — on est tenté de répondre : il ne peut jamais, dans ces conditions, y avoir entretien de concubine au domicile conjugal. Mais, ici encore, un second examen peut conduire à une opinion différente : une certaine dépendance par rapport à l'habitation du mari ne peut-elle, en effet, donner à celle de la concubine le caractère de domicile conjugal ? En d'autres termes, l'habitation de la concubine ne peut-elle, dans certains cas, malgré les apparences, n'être qu'une partie de celle du mari ou se confondre avec elle ?

A ces questions, qui se posent pendant le mariage, s'en ajoutera une nouvelle lorsque les *liens matrimoniaux* viendront à subir un *relâchement* dont la conséquence sera la cessation (de droit ou de fait) de la cohabitation des époux, le devoir de fidélité subsistant cependant. — Et l'on peut se demander quel est l'effet de l'engagement d'une instance en divorce ou en séparation de corps, de la prononciation de la séparation de corps, ou d'une séparation de fait, sur la notion du domicile conjugal.

A toutes ces questions — que nous pourrions appeler des questions de fond — vient s'en superposer une autre, qui se pose, d'ailleurs, dans l'étude de chaque chapitre du Droit : celle de savoir quels sont *les pouvoirs du juge du fait* (Tribunaux civils ou correctionnels de première instance, Cours d'appel), lorsqu'ils ont à déterminer s'ils sont ou non en face d'une habitation constituant le domicile

conjugal, dans quelles limites ils peuvent se mouvoir, et, par suite, dans quelle mesure, le contrôle de la Cour Suprême se fait sentir sur leurs décisions.

Telles sont, rapidement évoquées, les questions qui se posent à nous et que nous étudierons dans 4 chapitres :

Chapitre premier. — *Des cas où le lieu d'habitation du mari constitue le domicile conjugal.*

Chapitre II. — *Des cas où le lieu d'habitation de la concubine constitue le domicile conjugal.*

Chapitre III. — *Des effets du relâchement des liens matrimoniaux sur la notion du domicile conjugal.*

Chapitre IV. — *Les pouvoirs du Juge du fait et le contrôle de la Cour de Cassation dans la détermination du domicile conjugal.*

CHAPITRE PREMIER

Des cas où le lieu d'habitation du mari constitue le domicile conjugal

Nous voici en présence d'un mari qui entretient une concubine dans un lieu où il habite lui-même.

Mais le lieu d'habitation du mari peut être varié : il peut être un local qui lui appartient ou bien un local loué ; il peut être une maison entière ou un appartement ; il peut être un domicile ou une simple résidence ; il peut être une chambre d'hôtel, un pied à terre, une maison de campagne, un logement au lieu de travail du mari ou une habitation en ville ; il peut être unique ou multiple, selon les circonstances.

Tous ces lieux d'habitation vont-ils pouvoir être considérés comme domicile conjugal, ou bien devrons-nous opérer parmi eux une discrimination, et d'après quel critère ?

C'est ce qu'il importe de rechercher ; et pour cela :

— Nous nous demanderons, d'abord — au point de vue de la terminologie — si l'on peut faire une distinction entre : maison commune, domicile conjugal ou maison conjugale, termes que nous trouvons au Code civil et dans le Code pénal.

— Puis, abordant le fond du sujet, nous rechercherons dans quelle mesure le domicile légal du mari — défini en s'inspirant de la notion juridique du domicile civil — se confond avec le domicile conjugal.

— Nous serons alors amenés à nous demander dans quel-

le mesure et à quelles conditions les résidences du mari — par opposition à son domicile légal — constituent le domicile conjugal.

— Enfin — question plus spéciale — nous nous demanderons quels sont, sur la notion du domicile conjugal, les effets de la dissimulation par le mari et de l'ignorance par la femme du lieu d'habitation de l'époux.

Section 1re. — MAISON COMMUNE MAISON CONJUGALE ET DOMICILE CONJUGAL

Nous avons vu (1) que, depuis 1884, le mari et la femme peuvent au même titre se voir accorder le divorce ou la séparation de corps pour cause d'adultère, sans qu'il existe d'obstacle d'aucune sorte en faveur de l'homme. Le Code pénal, au contraire, fait toujours une distinction entre les époux qui ont violé la foi conjugale.

Et si l'article 230 du Code civil ne parle plus « d'entretien de concubine dans la maison commune », c'est toujours au « domicile conjugal » que l'adultère du mari tombe sous le coup de l'article 339 du Code pénal.

Quoi qu'il en soit de cette différence actuelle entre l'adultère, cause de divorce ou de séparation de corps, et le délit d'adultère, il n'en reste pas moins vrai que, jusqu'en 1884, les auteurs ont donné leur avis et les tribunaux ont rendu des décisions sur le point de savoir comment on devait interpréter les mots : Maison commune.

---

(1) Voir la Première Partie : *Notions historiques sur l'adultère de l'épouse et l'adultère du mari.*

Or, les articles 230 ancien du Code civil et 339 du Code pénal ayant été conçus dans le même esprit, il en résulte que la doctrine doit être la même, qu'il s'agisse de pénalité ou seulement de séparation (article 230 du Code civil). Il est évident que « maison commune » et « maison conjugale » (article 339 du Code pénal) ne sont, dans l'esprit du Législateur, que deux expressions destinées à exprimer la même idée : le lieu d'habitation du ménage. Il en est, d'ailleurs, de même de l'expression « domicile conjugal » de l'article 324 du Code pénal : « Dans le cas d'adultère... le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable ».

Les idées que nous dégagerons seront donc tirées de la doctrine et de la jurisprudence relatives, aussi bien à l'interprétation des mots : « maison commune » du Code civil, jusqu'en 1884, que des mots : « maison conjugale », ou « domicile conjugal » du Code pénal.

Les décisions de justice que nous étudierons pourront donc être intervenues :

— Soit à propos d'une plainte pour entretien de concubine au domicile conjugal.

— Soit à propos d'une plainte pour adultère de la femme, laquelle oppose une fin de non recevoir tirée de l'entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal (article 336).

— Soit à propos d'une séparation de corps pour adultère du mari, avant 1884 (ou d'un divorce, avant 1816).

— Soit à propos d'un meurtre commis par un mari sur son épouse ou son complice trouvés en flagrant délit au domicile conjugal.

C'est en partant de cette jurisprudence que nous allons

essayer de dégager les principes qui régissent la matière, étant bien entendu que le terme « domicile conjugal » équivaut à « maison commune » ou « maison conjugale ».

Section 2e. — DOMICILE LEGAL ET DOMICILE CONJUGAL

Le mot « domicile », plus que le mot « maison », évoque une notion juridique qui, dès l'abord, attire l'esprit.

En droit civil, en effet, deux termes s'opposent : d'une part, le domicile, correspondant à une notion juridique ; d'autres part, la résidence, correspondant à un fait.

« Le domicile (que nous appellerons le domicile légal), disent Aubry et Rau (1), c'est la relation juridique existant entre une personne et le lieu où cette personne est, quant à l'existence de ses droits et quant à l'accomplissement de ses obligations, toujours censée présente, quoiqu'elle ne s'y trouve pas à tel moment donné ou que, même, elle n'y réside pas habituellement. »

« La résidence, au contraire, d'après les mêmes auteurs, est le lieu où une personne demeure habituellement sans qu'elle puisse, pour cela, être considérée comme y ayant établi son domicile. »

A quelle notion, en notre matière, doit-on faire appel : à la conception juridique du domicile ou au fait de la résidence ?

Pour répondre à cette question, il nous faut examiner :

— d'abord, quels sont les caractères du domicile conjugal, tels qu'ils ressortent des textes.

(1) *Cours de Droit civil français*, t. 1er, § 141, p. 576.

— en second lieu, si le domicile marital constitue le domicile conjugal.

— ensuite, le lieu d'habitation du mari, pour constituer le domicile conjugal, doit être obligatoirement le domicile légal du mari ou s'il peut être une simple résidence ; en d'autres termes, s'il y a identité entre le domicile conjugal et le domicile légal du mari.

— enfin, au cas où le domaine du domicile conjugal déborderait celui du domicile légal du mari, quelle définition et quel critère on peut donner du domicile conjugal.

§ 1er. Caractères du domicile conjugal tirés des textes

La combinaison des articles 108 : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari », et 213 du Code civil : « Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir » (1), fait ressortir les caractères du domicile conjugal :

— D'abord, il se trouve au lieu d'habitation du mari.

— En second lieu, il est choisi par le mari (sauf le droit de recours au Tribunal, ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari, depuis la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée (article 213 nouveau du Code civil).

— Ensuite, la femme est obligée d'y habiter et le mari peut l'y contraindre, au besoin en faisant appel à la force publique.

---

(1) L'article 213 a remplacé, quant à la substance, depuis la loi du 18 juillet 1938 sur la capacité civile de la femme mariée, l'article 214 du Code civil : « La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir ».

— Enfin, le mari, de son côté, est obligé d'y recevoir la femme.

Le domicile conjugal est donc *le lieu d'habitation choisi par le mari, où l'épouse a le droit et le devoir d'habiter.*

Mais de quel lieu d'habitation s'agit-il ? Le domicile marital entre-t-il dans cette définition et y entre-t-il seul ou s'agit-il également des résidences du mari ?

§ 2°. Le domicile marital constitue-t-il le domicile conjugal ?

Tout d'abord, le domicile marital, qui est également celui de la femme puisqu'elle n'a pas d'autre domicile que celui du mari pendant le mariage (article 108), est nécessairement domicile conjugal.

C'est ce que dit la Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 août 1825 : « *Il suffit que l'habitation du mari ait été son domicile légal pour qu'elle soit la maison commune* ». C'est l'avis de la Chambre des requêtes (9 mai 1821) : « Le domicile du mari est la maison commune » (1).

Cela ne présente pas de difficulté. La seule question qui se pose, dès lors, est de savoir si ce domicile légal est le seul qui puisse être, en droit, considéré comme domicile conjugal. En d'autres termes, la notion du domicile légal et la notion du domicile conjugal se recouvrent-elles exactement ou le domaine de la seconde ne déborde-t-il pas celui de la première ?

(1) C'est aussi l'avis de la jurisprudence belge. Voir conf. C. Sre Bruxelles, 14 octobre 1830.

§ 3e. — Y A-T-IL IDENTITÉ ENTRE DOMICILE LÉGAL DU MARI ET DOMICILE CONJUGAL ?

Il semble certain, après examen de la jurisprudence, et comme le dit la Cour de Dijon (30 mai 1877), « *qu'il ne faut pas confondre le domicile légal avec la maison conjugale* » et que le domaine du domicile conjugal déborde largement celui du domicile marital.

La maison conjugale, en effet, au sens de l'article 339 du Code pénal, n'est pas nécessairement l'habitation ordinaire et principale des époux, ni le domicile légal du mari; ainsi, il a été jugé qu'un mari, domicilié légalement dans une ville déterminée, mais ayant ailleurs une entreprise de travaux dont la surveillance exigeait sa présence dans la localité où ces travaux s'exécutaient, avait sa maison conjugale dans cette localité (Dijon, 30 mai 1877).

Quelle est, en effet, l'idée qui a guidé le législateur dans son œuvre sur ce point, telle que cette idée ressort des travaux préparatoires de l'article 339 du Code pénal ? Ce que la loi a voulu réprimer, c'est le fait du mari de cohabiter avec sa concubine *là où la femme aurait le droit d'être avec lui.* Et, partout où le mari va habiter, il doit être prêt à recevoir sa femme (art. 213 du Code civil) (1).

La disposition de l'article 339 du Code pénal, répressive de l'entretien de concubine au domicile conjugal, est donc, comme le dit le Tribunal de Lille (26 mars 1904), « fondée surtout sur le droit de l'habitation de la femme au dit domicile ». On doit donc entendre par domicile conjugal, avec le Tribunal de Boulogne-sur-Mer (18 mars 1914), *tout*

(1) Voir aussi sur ce point : Toulouse, 22 février 1900.

logement constituant la demeure actuelle du mari et où ce dernier doit, par suite, recevoir sa femme.

Et l'on arrive à cette définition, qui s'inspire de la loi Julia sur l'adultère : « La maison conjugale est l'habitation où réside le mari avec son épouse (*in qua habitat et cum sua conjuge commanet*) », c'est-à-dire, « *tout logement où le mari réside, où il peut contraindre la femme d'habiter et où elle a le droit de résider avec lui* ». Cette dernière formule est celle que l'on retrouve inlassablement sous la plume des magistrats, à travers les décisions statuant sur la question (1). Elle pose le criterium du domicile conjugal. Elle va nous permettre, par suite, de voir dans quelle mesure les résidences du mari peuvent être considérées comme la maison conjugale.

Section 3e. — RESIDENCES DU MARI ET DOMICILE CONJUGAL

Il ressort de la définition du domicile conjugal que nous venons de donner :

— qu'il peut être une simple résidence,

— mais une résidence où le mari doit être en mesure de recevoir sa femme et où celle-ci peut être contrainte d'habiter.

Et nous voyons, tout de suite, par cette dernière proposition, que toutes les résidences ne pourront pas constituer

(1) Voir : Douai, 24 juillet 1812. Civile, 27 janv. 1819. Criminelle, 28 fév. 1868. Tr. cor. Lille, 23 mars 1904. Toulouse, 28 fév. 100. Tr. cor. Seine, 4 février 1913. Tr. cor. Boulogne-sur-Mer, 18 mars 1914. Tr. cor. Seine, 10 novembre 1915.

le domicile conjugal. Elle pose, en effet, une condition : *la résidence, pour constituer le domicile conjugal, doit être telle que le mari soit en mesure d'y recevoir sa femme et puisse exiger qu'elle y habite.*

Ceci posé, quelles vont être les résidences qui satisferont à cette condition ?

Pour répondre à cette question, nous allons examiner les éléments qui permettent de distinguer les résidences les unes des autres et voir dans quelle mesure ils permettent également de faire entrer telle ou telle résidence dans la définition du domicile conjugal.

Les résidences sont des habitations du mari et nous avons vu que celles-ci sont très variées. N'est-il pas possible de trouver, dans cette variété, des éléments qui permettent de les rapprocher, de les comparer, de les distinguer, et, par suite, de les grouper en catégories ?

Disons tout de suite que la propriété ou la location de la résidence n'ont aucune importance : la résidence ne change pas de caractère, que le mari soit propriétaire ou locataire du local qu'il occupe. Nous verrons, cependant, que la propriété d'une maison peut constituer une présomption de fixité de la résidence.

Cette observation étant faite, ce n'est pas dans le Droit qu'on peut trouver les caractères de la résidence, puisqu'elle est un fait. Mais tout fait se distingue par les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles il s'est produit.

Les circonstances de lieu, pour la résidence, ce sera la fixité (ou l'absence de fixité) de l'habitation du mari. Nous entendons par là que le lieu de cette résidence ne changera pas (ou changera).

Les circonstances de temps, ce sera la durée plus ou

moins grande des séjours que le mari y a faits avec sa concubine, quelquefois le renouvellement de ces séjours ou leur périodicité.

On conçoit combien peuvent être relatives ces notions de fixité de l'habitation ou de durée du séjour et combien sujettes à interprétations différentes par la jurisprudence. Mais, c'est par la mesure de ces deux éléments — mesure dont sont chargés les tribunaux — que se caractérise une résidence.

Nous allons voir quelle influence ils ont dans notre matière et, pour cela, nous adopterons une classification conventionnelle des résidences du mari, fondée sur la combinaison des deux éléments que nous venons de dégager, et nous examinerons, pour chacune de ces catégories, dans quelle mesure elle peut entrer dans la définition du domicile conjugal.

Nous distinguerons ainsi (conventionnellement, nous le répétons, et pour la commodité de l'exposé) :

— d'abord les résidences *permanentes* du mari :

Nous entendons par là les résidences fixes et durables du mari.

— ensuite les résidences *passagères* du mari :

Nous entendons par là les résidences du mari qui ne sont ni fixes ni durables.

— enfin, les résidences *momentanées* du mari :

Celles-ci sont fixes, mais le mari n'y fait que de courts séjours qui peuvent être, cependant, renouvelés (périodiquement ou non).

§ 1er. — Les résidences permanentes

Les résidences permanentes du mari se caractérisent par leur fixité et par leur durée : le lieu d'habitation du mari

est fixe pendant un temps assez long et le mari y fait des séjours continus, assez longs également. Fixité et durée sont laissées à l'appréciation des tribunaux.

Il est certain que de semblables résidences constituent le domicile conjugal.

Ainsi la concubine doit être réputée entretenue au domicile conjugal lorsqu'elle a été placée dans une *maison de campagne* destinée à la résidence des époux pendant l'automne et garnie de meubles leur appartenant (Besançon, 9 avril 1808). La stabilité de la résidence de campagne, résultant de sa fixité et de la durée du séjour qu'y font les époux pendant l'automne, lui donne donc le caractère de domicile conjugal. — Il en résulte qu'il pourra y avoir pluralité de résidences susceptibles d'avoir ce caractère : il suffit de supposer, par exemple, un mari aisé qui ait une résidence à la montagne pour aller faire des sports d'hiver, une maison de campagne aux environs de la ville qu'il habite et où il va passer plusieurs mois de l'année et une villa au bord de la mer.

De même, l'arrêt précité de la Cour de Dijon, du 30 mai 1877, considère que le mari qui « *se livre à des entreprises de travaux publics* d'une certaine importance dont la surveillance exige qu'il réside dans la même localité pendant toute leur durée, c'est-à-dire pendant plusieurs mois consécutifs », tombe sous le coup de l'article 339 du Code pénal s'il entretient une concubine dans l'habitation qu'il a dans cette localité.

Il faut aller plus loin : *les chambres d'hôtel* sont des résidences qui semblent devoir être « passagères » par nature. Mais, dès que les caractères de fixité et de durée se manifestent, la jurisprudence les considère comme maisons conjugales.

Il en est ainsi, par exemple, dans l'arrêt de la Cour de Toulouse (22 février 1900), d'un « hôtel garni dont le mari a fait une résidence fixe pendant plusieurs mois, où il a logé sa concubine d'une façon continue pendant toute la durée du séjour qu'il y a fait » et l'arrêt ajoute « surtout si le mari, ainsi installé dans un hôtel, n'a pas d'autre résidence ».

C'est le cas, aussi, de la chambre d'hôtel garni de Paris dans laquelle le mari s'est installé avec sa concubine — qu'il fait passer pour sa nièce — après avoir abandonné sa maison de province, et dans laquelle la Cour de cassation (Civile, 17 août 1825) voit même le domicile légal du mari.

Ainsi donc, la stabilité de la résidence, résultant de la fixité de l'habitation et de la durée des séjours, est l'élément qui est pris en considération pour dire si une résidence a le caractère de domicile conjugal. Et, si cette condition de stabilité est suffisante à lui donner cette qualité, elle est aussi nécessaire pour cela. C'est si vrai que l'épouse légitime peut refuser de suivre son mari dans une résidence ne présentant pas ce caractère de stabilité ; c'est ainsi que le Tribunal civil de Senlis (9 octobre 1835) déclare que « la résidence fixée à la femme par le mari, où il est obligé de la recevoir, comme elle est obligée d'y habiter, ne peut pas être une résidence temporaire, où il déclare vouloir habiter provisoirement, qui ne peut être considérée comme le domicile conjugal ».

Nous ne saurions mieux mettre en valeur l'influence de cet élément de stabilité qu'en reprenant cette phrase d'un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine (10 novembre 1915) : « L'expression domicile conjugal, de l'article 339 du Code pénal, désigne non seulement le domicile ordinaire du mari, mais aussi l'appartement ou la maison

qu'il habite d'une façon stable pendant un certain temps et où sa femme a le droit de résider », phrase qui a l'avantage de faire apparaître les éléments que nous avons dégagés.

Ces éléments — fixité, durée — vont nous servir à reconnaître dans quelle mesure les résidences passagères ou momentanées du mari pourront être considérées comme le domicile conjugal.

§ 2°. — Les résidences passagères

La loi, avons-nous dit, n'entend par « maison commune » que la maison où la femme a le droit et l'obligation de résider. Il ne faut donc pas étendre le domicile conjugal à toutes les habitations où le mari réside passagèrement.

L'article 339 du Code pénal et l'ancien article 230 du Code civil ont été rédigés, comme cela ressort des travaux préparatoires de ces deux articles, dans l'intention de « protéger la maison où la femme a le droit de résider et où elle doit être respectée et qui ne doit pas être profanée par la présence de sa concubine » (déclaration du rapporteur au Corps Législatif).

« Mais — en suivant la même déclaration — en dehors de cette maison, l'injure qui résulte de la débauche du mari n'a plus la même portée et ne doit pas avoir les mêmes effets ».

On doit donc écarter du champ du domicile conjugal toutes les résidences qui, par leur absence de stabilité, ne peuvent permettre la réalisation du droit et du devoir de la femme de résider dans la maison conjugale.

Ce sont toutes les résidences passagères, c'est-à-dire celles qui n'ont pas de fixité et dans lesquelles les séjours du mari sont momentanés.

Ce sera, notamment, le cas des *chambres d'hôtel* habitées avec la concubine au cours d'un voyage :

— que ce soit un voyage d'agrément, par exemple « à l'étranger, alors que le mari n'a pas eu, dans les lieux traversés, une résidence fixe » (Paris, 29 juin 1839).

— que ce soit un voyage d'affaires qui ne permet pas de « considérer comme maison conjugale les résidences momentanées du mari dans des hôtels, alors qu'il ne fait qu'un court séjour dans les villes qu'il traverse » (Toulouse, 22 février 1900).

Nous avons vu, dans le paragraphe premier, des chambres d'hôtel considérées comme domicile conjugal à raison de leur fixité et de leur durée. Nous en voyons maintenant certaines exclues de ce domaine à raison de leur caractère passager.

De là il résulte qu'il faut, en cette matière, moins s'attacher aux dénominations données à la résidence (chambre d'hôtel garni, par exemple) qu'à la stabilité de cette résidence.

Le paragraphe premier nous a amenés à conclure que là où elle existe, résultant de la fixité et de la durée, il y a domicile conjugal ; dans le deuxième paragraphe, nous avons vu qu'il n'y a pas domicile conjugal s'il n'y a ni fixité, ni durée. Mais que conclure s'il y a fixité sans durée ?

En d'autres termes, la fixité de l'habitation, seule, sans la durée des séjours, suffit-elle à faire de la résidence un domicile conjugal ? Une telle résidence est ce que nous avons appelé, par convention, une résidence momentanée.

§ 3e. — Les résidences momentanées

Ce sont celles qu'on entend par l'expression « pied à terre ». Il s'agit d'un lieu d'habitation fixe, mais où les séjours du mari ne sont pas continus. Il y passe de temps à autre quelques jours, parfois quelques heures, pour son plaisir ou pour son travail.

C'est donc une résidence fixe, mais dans laquelle les séjours du mari ne sont pas continus, mais renouvelés. Parfois même ils seront périodiques.

Nous les considérerons comme *pouvant constituer le domicile conjugal à cause de leur fixité.*

Ainsi, *la maison de campagne* où se rendent les époux, toutes les semaines, pour passer le week-end, doit, selon nous, être considérée comme maison conjugale.

On doit également considérer comme telle, avec la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'appartement que s'est réservé un industriel dans son usine afin de pouvoir y coucher, lorsqu'il le veut, pour les *besoins de ses affaires,* alors qu'il a un autre domicile où il habite avec sa femme, en dehors de l'usine (7 juin 1861).

Il en est ainsi, enfin, d'un *pied à terre* conservé par le mari dans une maison lui appartenant, située hors de la commune où résident les époux et dans lequel la femme n'est jamais venue, « parce qu'il s'agissait d'un pied à terre fixe où la femme légitime avait le droit de se rendre ». (Note relative à l'arrêt de la Cour de Rouen du 1er mars 1859. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 28 novembre 1859).

Chaque fois que le mari a une résidence fixe, quelle que soit la durée et la fréquence des séjours qu'il y fait, il faut,

selon nous, considérer qu'elle constitue le domicile conjugal, car le mari y a reçu sa femme ou peut un jour ou l'autre l'y recevoir.

C'est pourquoi nous ne comprenons pas *l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 28 juillet* 1858, qui a refusé de voir le domicile conjugal dans deux pied-à-terre du mari, dont une maison qui lui appartenait (et dont la fixité, par conséquent, n'était pas en jeu), à raison des séjours momentanés que le mari y faisait pour le besoin de ses affaires et qui, à son sens, incitaient à la considérer comme une résidence passagère.

Il s'agissait d'un inspecteur d'assurances, Lamiraudie, domicilié à Tours, qui avait, pour les besoins de sa profession, un pied-à-terre dans une maison qui lui appartenait à Angers et un autre à Paris, et dans lesquels il emmenait de temps en temps ses enfants et sa femme. Ayant surpris cette dernière en flagrant délit d'adultère, il la poursuit devant le Tribunal correctionnel, mais elle oppose comme fin de non-recevoir l'entretien de concubine au domicile conjugal dont serait coupable son mari (article 336 du Code pénal).

Le Tribunal de Tours accueille cette exception (7 juin 1858), mais la Cour d'Orléans (28 juillet 1858) réforme le jugement, notamment parce « qu'on ne peut réputer maison conjugale, dans le sens de la loi, les résidences momentanées de L... dans ces deux villes pour les besoins de ses affaires ».

Le pourvoi de l'époux est rejeté par la Chambre criminelle (11 novembre 1858), « les faits tels qu'ils son constatés par l'arrêt attaqué ne constituant pas nécessairement le délit prévu par l'article 339 du Code pénal ». Il semble que cette dernière phrase se rapporte, d'ailleurs, non au

domicile conjugal, mais bien plutôt à l'entretien de concubine que la Cour d'Orléans déclarait non consommé, « les faits allégués pour le prouver n'ayant pas la fréquence suffisante ».

Quoi qu'il en soit, la solution de la Cour d'Orléans (approuvée par la Chambre criminelle, si l'on admet qu'elle a statué sur le point de savoir s'il y a domicile conjugal) ne nous semble pas exacte :

— Tout d'abord, la Cour d'Orléans n'a pas pris en considération ce fait, relevé par le Tribunal de Tours, que le mari emmenait de temps en temps avec lui sa femme et ses enfants dans ses résidences d'Angers et de Paris. Il manifestait donc, par là, clairement son intention de les considérer comme maisons communes.

Que vaut, dès lors, l'objection tirée de la nécessité d'une certaine stabilité de la résidence (manifestée par la fixité et la durée des séjours) ? Cet élément n'est exigé que comme indice de la possibilité pour une résidence d'être « le lieu où la femme est susceptible d'être reçue ». Or la femme est venue habiter ces résidences et son mari l'a reçue. Quel caractère supplémentaire leur faut-il pour qu'elles répondent à la définition du domicile conjugal ?

— D'autre part, en droit, nous ne saisissons pas la différence qu'on peut faire entre le pied-à-terre conservé par le mari dans une maison appartenant aux époux, située hors de la commune où résident ceux-ci, où la femme n'est jamais venue et où le mari vient de temps en temps avec sa concubine, dans lequel, nous l'avons vu, la Cour de Rouen (1er mars 1859), approuvée par la Chambre des Requêtes (28 novembre 1859), voit le domicile conjugal parce qu'il est fixe, et la résidence de l'inspecteur d'assurances, dans une maison qui lui appartient à Angers, où sa femme

et ses enfants sont venus et où il réside, périodiquement, quelques jours, pour le besoin de ses affaires.

C'est pourquoi, il nous semble que la Cour de Cassation n'a pas statué sur la question du domicile conjugal, mais seulement sur la question de l'entretien de concubine.

En tous cas, s'il fallait voir là une décision sur le domicile conjugal, nous serions d'accord avec la note qui accompagne cet arrêt au recueil Dalloz pour conclure qu'« il est prudent de ne pas trop généraliser la solution de l'arrêt intervenu et de n'y voir qu'une solution d'espèce ».

Car nous ne comprenons pas pourquoi on ferait une différence entre les résidences permanentes (fixes et durables) qui peuvent être, nous l'avons dit, multiples (et dans ce cas, le chalet de montagne, par exemple, devient une résidence momentanée pendant que les époux sont au bord de la mer), et les résidences momentanées (fixes, mais dans lesquelles les séjours ne sont pas durables, mais sont renouvelés) qui sont des résidences permanentes en puissance, qui peuvent du jour au lendemain devenir permanentes et où le mari *pourrait* habiter continuellement, bien qu'il ne le fasse pas réellement.

Notre conclusion sera donc que la durée et la continuité des séjours que le mari fait dans une résidence ne peuvent influer sur le caractère du domicile conjugal, qu'elle revêt du fait de sa fixité.

Et c'est à ce titre qu'on doit reconnaître ce caractère aux résidences permanentes et momentanées et le refuser, au contraire, aux résidences passagères du mari.

Cette fixité, patente pour le domicile légal, à rechercher pour les résidences, n'est que l'indice permettant de dégager l'état d'esprit du mari et de voir s'il se comporte dans le lieu envisagé comme dans une habitation où il pourrait recevoir sa femme. Il semble résulter de là qu'il ne peut y avoir de domicile conjugal si le mari manifeste une intention contraire, en dissimulant sa résidence. C'est ce que nous allons voir.

Section 4°. — DISSIMULATION DE RESIDENCE PAR LE MARI ET DOMICLE CONJUGAL

Le mari qui entretient une concubine peut vouloir — et ce sera souvent le cas — dissimuler le lieu où il le fait. Cette dissimulaion peut se produire :

— soit après une *séparation de fait,* et nous aurons à dire dans le chapitre III si l'ignorance par la femme du lieu du domicile de son mari fait obstacle à l'existence d'une maison conjugale.

— soit au cours de la vie commune des époux ou après leur séparation de fait, si le mari entretient une concubine dans un logement *loué au nom de celle-ci, ou d'un tiers ou sous un nom supposé, mais dont il paye le loyer.*

— Nous verrons, dans le chapitre II, si on doit envisager une telle habitation comme domicile conjugal

— *soit au cours de la vie commune des époux* seulement — et c'est le seul cas que nous envisageons dans cette sec-

tion — si le mari tient une concubine dans un logement loué *sous le nom d'un tiers ou sous un nom supposé,* et dont l'existence est dissimulée au public et à sa femme.

Une telle résidence constitue-t-elle le domicile conjugal ?

La jurisprudence n'est pas abondante sur la matière :

— Sans doute un jugement du Tribunal de Perpignan (16 janvier 1902) considère-t-il comme domicile conjugal « le logement habité par un homme marié, même quand le loyer est ostensiblement placé sous le nom d'un tiers ».

— Sans doute, aussi, la Chambre criminelle (10 juin 1880) considère-t-elle de même « le logement que le mari occupe..., bien que le bail ait été fait sous un nom supposé ».

Mais ces décisions ajoutent l'une et l'autre que « le mari n'avait pas d'autre domicile » et qu'« il vivait en commun avec sa concubine ». Il en résulte qu'il y avait, alors, séparation de fait entre les époux, ce qui sort du cas envisagé.

Le seul arrêt qui statue véritablement sur la question est celui de la Chambre criminelle du 7 juin 1861 (Dutertre) :

Le sieur Dutertre, sachant que sa femme le trompe, mais ne voulant pas demander la séparation de corps pour éviter un partage de la communauté qui nuirait à son entreprise industrielle, imagine, tout en continuant la vie commune avec sa femme dans deux appartements voisins, mais distincts, d'entretenir un ménage clandestin ; pour cela, il loue, sous le nom de Dubreuil, un appartement qu'il meuble avec plus de dépenses que son autre logement et

y installe une maîtresse que les personnes du voisinage ne connaissent que sous le nom de Mme Dubreuil.

Poursuivi pour entretien de concubine au domicile conjugal, il est condamné par le Tribunal correctionnel de la Seine, « le logement du Bd. M. étant incontestablement la résidence principale et habituelle de D. et devant être considéré, par suite, comme le domicile conjugal ».

La Cour de Paris réforme ce jugement, le 8 février 1861, considérant que « c'est hors de la maison conjugale qu'il a entretenu sa concubine, loin de la femme légitime, sous un autre toit, et en prenant certaines précautions pour dissimuler ce fait tout à la fois au public et à la femme légitime ».

Le pourvoi de la Dame D. contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation qui le considère comme bien rendu parce que, dit-elle, la Cour de Paris « s'est principalement fondée sur ce que, le pseudonyme sous lequel Dubreuil avait placé cette location ayant eu précisément pour but d'en cacher l'existence à sa femme légitime et au public, il résultait nécessairement de cette dissimulation que ce logement, ignoré de l'épouse, ne pouvait être légalement réputé réunir les conditions du domicile conjugal, c'est-à-dire de celui dans lequel la femme est obligée de suivre son mari et d'habiter avec lui. »

La dissimulation de son nom par l'époux ne permet donc pas de qualifier la résidence du mari de domicile conjugal.

L'effet de la simulation ressort clairement du rapprochement suivant :

On vient de voir que la concubine de Dutertre passait, aux yeux du public, pour sa femme légitime, mais on la connaissait sous le nom de Madame Dubreuil car le logement était loué sous ce nom supposé.

Qu'adviendrait-il si la concubine avait passé pour l'épouse, mais sans qu'il y ait eu simulation de la part du mari ? Dans son arrêt du 30 mai 1877, la Cour de Dijon répond à cette question : « Le mari a bien compris qu'à Hortes et à Bourbonne-les-Bains il avait successivement transporté la maison conjugale, puisqu'il y a fait passer aux yeux de tous sa concubine pour son épouse légitime » et elle reconnaît à des chambres d'hôtel le caractère de domicile conjugal.

C'est donc bien la prise de faux nom par le mari qui enlève ce caractère à la résidence qu'il occupe avec sa maîtresse.

Il ressort de là *qu'il n'y a pas entretien de concubine au domicile conjugal* lorsque le mari a installé sa concubine dans un logement secret et loué sous un faux nom, et d'une manière générale, *lorsque les relations adultères, bien que constituant l'entretien de concubine, ont été, par une simulation, soustraites à la connaissance de la femme et du public.*

CONCLUSION

Nous avons étudié, dans ce chapitre premier, les cas où le lieu d'habitation du mari était le domicile conjugal. Nous l'avons fait dans quatre sections et nous sommes arrivés aux conclusions suivantes :

1° Les termes : maison commune, maison conjugale et domicile conjugal sont équivalents.

2° Le domicile légal du mari constitue toujours le domicile conjugal.

3° Le domicile conjugal est, en outre, constitué par

toute résidence où la femme a le droit et le devoir d'habiter, c'est-à-dire toutes les résidences fixes du mari.

4° Le logement du mari, ignoré de la femme et du public par suite d'une simulation, n'est pas le domicile conjugal.

En résumé : *il y a maison conjugale partout où le mari occupe, pour son compte, un logement tel que la femme a le droit de s'y rendre.*

CHAPITRE II

Des cas où le lieu d'habitation de la concubine constitue le domicile conjugal

Il ressort bien évidemment de tout ce que nous avons dit que **c'est le lieu d'habitation du mari, seul, qui constitue le domicile conjugal.**

Il en résulte, d'abord, que *ce domicile est constitué uniquement par le local occupé par le mari :* par exemple, s'il occupe un appartement, on ne peut considérer comme maison conjugale que cet appartement et non la maison entière (Cassation belge, 9 mars 1896 ; Limoges, 21 mai 1835). De même, on ne peut considérer comme domicile conjugal une grange où le mari recevait sa concubine la nuit et où il n'habitait pas avec sa femme (Nîmes, 14 mars 1842).

Il en résulte, ensuite, que *le mari ayant des relations avec sa concubine chez celle-ci ne tombe pas sous le coup de l'article* 339 *du Code pénal.*

Mais la pratique pose des questions délicates **lorsque l'habitation de la concubine dépend du domicile du mari.**

Ce lien des deux résidences peut, d'abord, découler de la *configuration des lieux :* l'habitation de la concubine sera, par exemple, une dépendance de la propriété du mari.

Il se peut, ensuite, que le mari ait des *droits sur l'habitation de la concubine,* droits résultant de la copropriété existant entre le mari et la concubine ou du paiement du loyer de la concubine par le mari. Le logement de la con-

cubine n'est plus, dans ce cas, une simple dépendance de celui du mari : les deux logements se confondent.

Quel est l'effet de cette dépendance du logement de la concubine vis-à-vis de celui du mari ?

Section 1re. — DEPENDANCE RESULTANT DE LA CONFIGURATION DES LIEUX

Il arrive que la maîtresse du mari habite **le même logement que les époux.** Il y a évidemment, dans ce cas, entretien de concubine au domicile conjugal, quel que soit le titre auquel la maîtresse réside avec les époux (parente, domestique, par exemple) et même si c'est la femme elle-même qui l'a introduite dans la maison conjugale.

Inversement, si le mari est reçu chez sa concubine qui a un **logement en dehors de celui des époux,** pour son propre compte, aucun doute non plus n'est permis : il n'y a pas entretien de concubine au domicile conjugal.

Mais, **entre ces deux cas** pour lesquels la solution est nette, peut se présenter une foule de situations en face desquelles le juge du fait se trouvera embarrassé pour dire s'il y a ou s'il n'y a pas domicile conjugal. Disons tout de suite que son appréciation à cet égard est souveraine.

Y a-t-il des principes qui se dégagent de la jurisprudence en cette matière ? Nous allons le voir en examinant les cas sur lesquels les tribunaux ont eu à statuer.

La Cour de Besançon considère qu'un bâtiment de bains, où avait été placée la concubine, faisait partie et était une *dépendance de l'habitation commune,* « puisqu'il était placé dans l'enceinte même du terrain qui en dépendait

et qu'on ne pouvait s'y rendre que par la porte servant à la maison commune » (9 avril 1808).

De même, la Cour de Rennes considère qu'il y a entretien de concubine au domicile conjugal lorsqu'« il résulte de tous les documents de la cause que la chambre dans laquelle B. a été surpris avec la veuve B. fait partie intégrante du logement de celui-ci » (20 janvier 1851).

Constitue également le domicile conjugal, pour la Chambre criminelle, *l'appartement de la concubine qui est contigu* à celui que le mari habite avec sa femme, alors que, par l'ouverture d'une porte de communication entre les deux, « ils ne forment, en réalité, qu'un même et unique appartement » (23 mars 1865).

Est, de même, considéré comme domicile conjugal, le bâtiment qui dépend de la maison de campagne où les époux ont l'habitude de résider une partie de l'année.

Enfin, précisons que l'arrêt de la Cour de Toulouse du 22 février 1900, que nous avons vu reconnaître le domicile conjugal dans une chambre d'hôtel, parce qu'elle était une résidence fixe, avait préalablement posé que les deux amants de la cause « occupaient dans le même hôtel deux *chambres contiguës*, communiquant entre elles et ne formant, en réalité, qu'un seul appartement ».

Il ressort donc de cette jurisprudence que, malgré les apparences, le logement de la concubine pourra n'être qu'une partie de l'habitation du mari et c'est cela seul qu'il faut envisager.

Mais si les apparences correspondent à la réalité, on ne peut admettre qu'il y ait domicile conjugal.

C'est ainsi que si le mari et la concubine habitent dans la même maison deux appartements distincts,

— par exemple à deux étages différents, l'un au rez-de-

chaussée, l'autre au premier étage (Tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône, 4 avril 1919) ;

— ou dans des corps de logis différents, avec des entrées particulières ;

— ou dans le même immeuble, mais complètement séparés et distincts (Cassation belge, 9 mars 1896),

l'article 339 du Code pénal ne peut s'appliquer.

Ces propositions sont cependant discutées : Massol enseignait que l'entretien de concubine au domicile conjugal devait s'entendre même « du cas où la concubine n'habiterait pas le même appartement que les époux, pourvu seulement qu'elle soit logée sous le même toit ». Cette affirmation est trop générale. Il faut entendre, avec Demolombe (1), « par maison commune les lieux qui servent d'habitation aux époux, qui forment leur logement même, et, comme l'on dit, leur intérieur ».

C'est en ce sens qu'on peut blâmer Dalloz qui, tout en concédant que deux appartements dans deux corps de logis ou à deux étages différents sont nettement distincts, n'admet pas qu'il en soit de même pour deux appartements au même étage et porte à porte. Il trouve là « l'application simple, naturelle, des expressions de l'article 230 et pense qu'en exagérant l'opinion de Demolombe, qui y voit deux logements distincts, il faudrait l'étendre même au cas où, dans le même appartement, il existe des chambres entièrement indépendantes. De même, Bedel estime qu'il y a bien là habitation dans la maison commune.

De quel point de vue partent ces auteurs ? Ils se fondent, pour refuser de considérer de tels appartements comme distincts, sur l'exemple fâcheux offert aux enfants légitimes, sur le supplice pour la femme de voir chaque jour

(1) Demolombe, *Cours de Droit civil ;* t. 4, n° 371.

celle qui la nargue ou la ruine. Mais si on les suit dans cette voie, il faut aller jusqu'à regarder comme maison commune celle où réside la concubine, lorsqu'elle est située en face de l'habitation des époux, de l'autre côté de la rue : les mêmes considérations existent pour le décider ainsi.

L'absurdité même de cette conséquence prouve la fausseté du point de vue adopté par ces auteurs. Sans doute est-il un des motifs de la rédaction des articles 230 du Code Napoléon et 339 du Code pénal, mais il faut toujours, pour décider s'il y a ou non domicile conjugal, se référer au criterium que nous avons posé : l'habitation en cause permet-elle au mari de remplir son obligation de recevoir sa femme ? Il est bien certain qu'il ne peut, en droit, faire venir son épouse que chez lui ; or, chez sa concubine, il n'est pas chez lui, même si cette dernière habite sur le même palier que les époux, même si elle habite le même appartement, mais dans une chambre nettement séparée et indépendante et ayant une sortie particulière. L'épouse trompée pouvait soutenir qu'il y avait, dans ce cas, injure grave à son égard, jusqu'en 1884 ; elle peut maintenant soutenir qu'il y a adultère civil, mais elle ne pourra pas poursuivre pénalement son mari pour entretien de concubine au domicile conjugal.

Les *tribunaux* auront donc à déterminer, dans chaque cas d'espèce, s'ils sont en présence de deux logements distincts : celui de la concubine et celui du mari, ou s'il n'existe pas une certaine dépendance entre les deux.

Les motifs d'une décision de la Cour de Limoges, du 21 mai 1835, vont nous montrer à quelles difficultés de fait peuvent se heurter les juges et avec quel soin ils examinent si d'aucune façon le logement de la concubine n'est une dépendance de celui du mari.

Nous les citons largement :

« Attendu que la maison commune des Sieur et Dame de Bruyère était le château de Fursac, que la nommée Jeanne, signalée comme concubine de sieur de Bruyère, habitait la maison occupée par le colon du domaine de Fursac, qui était son père, *que cette maison n'était point située dans la cour du château, mais dans la cour du domaine,* séparée de la première par une clôture fermée d'une porte ; que cette maison, bien qu'adossée à la terrasse du château, n'avait de ce côté *ni issue, ni jour direct,* qu'elle servait à l'exploitation du domaine de Fursac et avait en conséquence été donnée en jouissance, en entier et sans réserve au colon, qui seul avait le droit d'en user et disposer pendant la durée de son bail ; *que ni le sieur de Bruyère, ni personne dans sa famille, ne pouvait, durant le temps de ce bail, prétendre à se loger dans cette maison, ni à se servir d'aucune de ses parties;* que, dès lors, elle ne pouvait être regardée comme la maison commune des époux de Bruyère ».

Ainsi donc, nous voyons que, dans chaque espèce où le domicile de la concubine se présente comme distinct de celui du mari, le juge doit examiner s'il est en face d'une simple apparence ou s'il en est réellement ainsi.

Mais si, à la suite de l'examen des circonstances de la cause, *il apparaît que le lieu d'habitation de la concubine n'est qu'une dépendance plus ou moins voilée du domicile du mari, il doit être considéré comme maison conjugale.*

Section 2e. — DEPENDANCE RESULTANT DES DROITS DU MARI SUR L'HABITATION DE LA CONCUBINE

Le mari peut avoir deux sortes de droits sur l'habitation de la concubine :

1) Il peut d'abord être *propriétaire* de cette habitation.

Dans ce cas, on peut supposer, d'abord, qu'il est copropriétaire avec la concubine de la maison habitée par celle-ci.

On peut aussi supposer qu'il est seul propriétaire, que la concubine est sa locataire et qu'il la dispense de payer son loyer. — On entre alors, indirectement, dans le second cas.

2) C'est celui où le mari est le véritable *locataire* de l'habitation de la concubine parce que, malgré les apparences, c'est lui qui règle le loyer.

Quel sera l'effet de ces circonstances sur la situation juridique (au point de vue de l'article 339 du Code pénal) du lieu d'habitation de la concubine ?

§ 1er. — Copropriété existant entre les deux amants

La seule décision judiciaire rapportée qui statue sur la question est l'arrêt de la Cour de Toulouse du 12 avril 1825 :

Le sieur M... achète un domaine par moitié avec sa concubine. Ils y transportent leur domicile. M... y appelle son épouse et l'habitation devient ainsi commune à la concubine et aux époux.

La femme demande la séparation de corps pour entre-

tien de concubine au domicile conjugal. La demande est repoussée en première instance, mais la Cour d'appel décide qu'il y a bien entretien de concubine au domicile conjugal.

On ne voit d'ailleurs pas pourquoi il en serait autrement : la maison dont le mari est propriétaire par moitié est bien telle qu'il peut et doit y recevoir sa femme.

Mais, à cette constatation, la Cour ajoute un argument de grand poids :

« Il serait immoral, dit-elle, d'accueillir une pareille défense (l'indivision de la maison expliquant la présence de la concubine) qui ne tendrait à rien moins qu'à donner à un époux coupable les moyens d'éluder la loi, et de rendre impunément son épouse témoin de son adultère. »

§ 2e. — Cas ou le mari est le véritable locataire du logement de la concubine

C'est un nouveau chapitre de la dissimulation de résidence par le mari : nous avons déjà vu le mari véritable locataire d'un logement destiné à l'entretien de sa concubine, loué sous le nom d'un tiers ou sous un nom supposé, alors qu'il vit avec son épouse légitime ; nous allons le voir, maintenant, locataire véritable d'un logement loué sous le nom d'un tiers ou sous un nom supposé, après séparation de fait des époux ; ou sous le nom de sa concubine, aussi bien au cours de la vie commune avec son épouse légitime que séparé de fait de celle-ci, car on ne peut dissocier l'étude des deux questions.

Dans ce cas, aussi bien que dans celui où l'habitation de la maîtresse n'est malgré les apparences qu'une dé-

pendance de celle du mari, le juge devra rechercher si le logement qui est loué au nom de la concubine n'est pas, en fait, tout simplement le logement du mari.

C'est entre deux solutions, en effet, que doit choisir le juge dont, ici encore, l'appréciation des faits est souveraine :

— s'il est en présence d'un lieu d'habitation du mari, il doit le considérer comme domicile conjugal.

— si, au contraire, il est en présence d'une habitation qui est celle de la maîtresse du mari, il n'y a pas domicile conjugal.

Et l'examen attentif des faits peut seul lui permettre de se décider : il est, souvent, fort délicat.

S'il ressort des faits que l'appartement est réellement celui de la concubine, il ne saurait être considéré comme domicile conjugal, puisque la femme légitime n'a incontestablement pas le droit d'exiger d'y être reçue.

C'est ainsi qu'on ne saurait considérer comme domicile conjugal l'appartement dont la concubine paye elle-même le loyer, qui est à son nom — ce qu'elle prouve en produisant une quittance — (Tr. corr. Seine, 9 décembre 1898). Précisons que, dans cette espèce, le mari avait un autre domicile où il recevait sa correspondance et les assignations.

Le Tribunal corectionnel de Boulogne-sur-Mer (18 mars 1914) refuse, également, de considérer comme maison conjugale « l'appartement loué par la concubine, qui l'avait garni de meubles lui appartenant et en réglait elle-même le loyer, alors qu'il résulte des déclarations des prévenus qu'ils « vivaient maritalement » dans l'appartement où on les a surpris ».

Ce qui prouve, une fois de plus, que la persistance de

la cohabitation ne saurait transformer en domicile conjugal un logement dans lequel la femme légitime ne peut être reçue par le mari et vivre avec lui, comme c'est le cas de celui que la concubine a loué à son nom et garni de ses meubles.

Dans le même sens, la Cour de Paris a refusé (le 2 février 1923) de voir le domicile conjugal dans un appartement au nom de la concubine, qui payait les abonnements à l'électricité, au gaz et à l'assurance contre l'incendie, bien que le mari n'eût pas d'autre domicile.

Lorsqu'il est établi, de même, que le logement dans lequel le mari vivait avec sa concubine, avait été loué depuis plus de cinq ans par cette dernière qui l'occupait ; « qu'il a été justifié, par la production de quittances, que celle-ci payait le loyer et toutes les charges afférentes à cette location ; qu'il résulte de factures que la concubine était aussi propriétaire du mobilier », la Cour de Paris ne peut faire application de l'article 339 du Code pénal (13 novembre 1935).

Dans le même sens, la Chambre criminelle a rejeté, le 12 mai 1934, un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Lyon (29 novembre 1932), dans une décision ainsi motivée :

« Attendu que pour décider que le logement occupé par la concubine n'était pas le domicile conjugal, l'arrêt attaqué énonce que C... et la femme D... ont reconnu vivre maritalement dans un appartement de deux pièces... ; que, dans le même immeuble, la femme D... exploite un fonds de commerce d'épicerie ; qu'elle a justifié, par la production de l'acte de cession à elle faite par les époux D... de l'achat fait par elle du dit fonds, qu'elle a payé de ses deniers personnels ; que le logement composé de deux

pièces non indépendantes occupés par la dame D... fait partie du fonds de commerce ; que le bail est établi au nom de la dame D... et que c'est elle qui en paye les loyers et toutes les charges ; que C... ne possède dans le logement de la dame D... aucune pièce dans laquelle sa femme légitime aurait le droit d'exiger d'être reçue et de vivre avec son mari. » Et elle ajoute : « la preuve de la simulation n'est pas rapportée et il n'est pas établi que C... ait bien loué l'appartement ».

Ce dernier membre de phrase est très intéressant ; il laisse entendre, d'une part, que la Cour s'est préoccupée de savoir s'il y avait eu simulation, d'autre part, que si celle-ci avait existé, la décision aurait été rendue en sens contraire.

Souvent, en effet, bien que le bail ait été fait au nom de la femme et que celle-ci paraisse supporter les charges accessoires, il n'y a là qu'une *simulation :* dans ce cas, s'il est établi que, malgré les apparences contraires, le mari a bien loué l'appartement, il pourra lui être fait application des dispositions de l'article 339 du Code pénal (1).

Il en est ainsi lorsque le mari occupe en commun avec sa concubine un logement dont la Chambre criminelle dit que « l'époux *était allé le visiter, en débattre le prix,* en conclure le loyer ; que ce logement était garni de meubles lui appartenant et qu'il y avait fait transporter », en ajoutant que, « d'ailleurs, le mari n'avait pas d'autre domicile et que, dans de telles circonstances, la quittance

(1) C'est la solution qui intervient également :
— lorsque le bail a été fait sous un nom supposé (Crim., 10 juin 1880) ;
— lorsque le bail a été fait sous le nom d'un tiers (Trib. corr. Perpignan, 16 janvier 1902).

produite par la femme C... et qui porte son nom n'est qu'une simulation destinée à tromper sur la réalité des faits » (28 février 1868).

Bien plus, même dans l'hypothèse que nous avons envisagée précédemment — où le logement est loué par la concubine et le loyer payé par elle (1), le local peut être considéré comme domicile conjugal si le *mari pourvoit, en réalité, à tous les besoins du faux ménage.*

C'est ainsi que le Tribunal correctionnel de Saint-Malo reconnaît la maison conjugale dans un appartement que les deux amants habitent en commun et dont le bail est au nom de la concubine, « qui se fait délivrer à son nom, les quitances du loyer », parce que « les prévenus reconnaissent que L. M. remet intégralement tous ses salaires à la veuve P... et que c'est lui, en fait, qui assume toutes les charges financières du ménage » et que, d'autre part, « L. M. n'a *pas d'autre domicile* que celui qu'il partage avec la veuve P... » (19 janvier 1935).

Ce dernier argument n'est pas, lui non plus, spécial au domicile loué sous le nom de la concubine : dès lors que le mari est seul et véritable locataire d'un logement, que celui-ci soit loué :

— au nom de la concubine,

— sous un nom supposé,

— ou sous le nom d'un tiers,

et qu'il est établi qu'il n'a pas d'autre domicile, on doit le considérer comme domicile conjugal. C'est ce que dit si bien le Tribunal correctionnel de Perpignan : « On doit considérer comme domicile conjugal, le domicile habité par un homme marié, même quand le loyer est ostensi-

(1) Voir plus haut, par exemple, Paris, 13 novembre 1935.

blement placé sous le nom d'un tiers (ajoutons : ou de la concubine, ou supposé), lorsqu'il est constant que cet homme n'a pas d'autre domicile » (16 janvier 1902) (1).

Mais il s'agit uniquement du logement dont le mari est véritablement locataire et on ne peut étendre cette solution au logement réel de la concubine.

Et, comme le dit le Tribunal correctionnel de la Seine (4 février 1913) « la fraude ne se présumant pas, il appartient à la prévention de démontrer que le mari de la plaignante est le véritable locataire de cet appartement ».

Mais il faut signaler certaines décisions du Tribunal correctionnel de la Seine qui démontrent une tendance à voir dans le fait pour le mari de n'avoir pas d'autre domicile conjugal que le logement qu'il occupe « maritalement » avec sa concubine, une présomption de simulation de sa part.

C'est ainsi que le jugement que nous venons de citer, du 4 février 1913, verrait le domicile conjugal dans un logement dont la concubine est la locataire, dont elle paye les loyers ainsi que les contributions, le mobilier qui le garnit étant à elle et assuré à son nom par une compagnie d'assurances, « si le mari n'avait pas d'autre domicile », parce qu'« on serait, à la vérité, fondé à croire à une dissimulation si le prévenu n'avait pas d'autre domicile commun » (2).

C'est ainsi, également, que, le 29 avril 1913, le même Tribunal voit le domicile conjugal dans « l'appartement dont les charges sont entièrement acquittées par la maî-

(1) Rapprocher cette solution de celle qui a été donnée à propos de la simulation de résidence, alors que le mari vit encore en commun avec son épouse légitime. Voir : Crim., 7 juin 1861.

(2) Il en était de même du jugement du Trib. corr. de la Seine, réformé, nous l'avons vu, par la Cour de Paris, du 2 février 1923.

tresse du mari », sous prétexte « qu'il est établi que le mari n'a aucun autre domicile et, qu'en fait, il vit maritalement avec sa concubine dans ce logement », et « parce qu'il est supposable alors qu'il n'a fait que substituer le nom de sa concubine au sien pour échapper aux conséquences de ses actes ».

Nous ne croyons pas bonne cette tendance à considérer le mari qui n'a pas d'autre domicile comme locataire réel d'un logement qui est au nom de la concubine et dont elle acquitte les charges :

Sans doute, nous avons vu la jurisprudence considérer comme domicile conjugal le domicile d'un homme marié, mis ostensiblement sous le nom d'un tiers ou sous un nom supposé, s'il est constant que cet homme n'a pas d'autre domicile. Mais le nom supposé n'est qu'un voile jeté sur la personnalité du locataire réel qu'est le mari, et on ne voit pas l'intérêt qu'aurait un tiers à louer un appartement pour abriter les amours du mari et de sa maîtresse, sinon l'intention de dissimuler, ici encore, la personnalité du véritable locataire. Mais si le loyer est au nom de la concubine, la question n'est plus la même : On conçoit très bien, ce qui ne veut pas dire qu'on excuse, qu'une maîtresse, qui a des moyens d'existence, paye la location du logement où les amants vivent ensemble, et le fait que le mari n'a pas d'autre domicile ne peut rien changer à l'affaire.

Nous avons vu, en effet, que la persistance de la cohabitation ne saurait transformer en domicile conjugal un logement dans lequel la femme légitime ne peut (comme c'est le cas ici) être reçue par le mari et vivre avec lui.

C'est bien, au fond, toujours le criterium auquel il faut

revenir, pour dire s'il y a ou non domicile conjugal (1). Car il ne faut pas oublier que l'examen des faits par le juge n'a pour but que de faire apparaître si la femme peut être ou non reçue dans l'habitation en cause.

Et tout dépend, en définitive, de la solution donnée sur ce point de fait qui doit être tranché : *résulte-t-il des éléments fournis par l'instruction qu'il y a eu simulation et que la concubine n'était pas la véritable locataire ?*

— S'il apparaît que la concubine était bien réellement chez elle, les amants ne tombent pas sous le coup de l'article 339.

— Si, au contraire, il apparaît : soit de prime abord, que le mari est chez lui ; soit après examen, qu'il y a eu simulation et que le logement loué sous un autre nom que celui du mari, est bien, en réalité, loué par lui, — alors, il y a entretien de concubine au domicile conjugal.

Telles sont les conclusions auxquelles on aboutit, mais nous nous permettons de les trouver assez critiquables, et nous ne saurions mieux agir pour le faire que de nous abriter derrière la spirituelle autorité du Professeur Hugueney qui, dans la « Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé » (2) s'exprime ainsi sur cette question :

« Cette jurisprudence, il faut bien l'avouer, n'est pas, du point de vue moral, très satisfaisante. Le mari qui entretient la maîtresse est coupable d'adultère, celui qui est entretenu par elle ne l'est pas. La paresse légitime le désordre des mœurs. »

(1) Voir plus haut, conformément à cette idée : Trib. Corr. Boulogne-sur-Mer, 18 mars 1914 ; Paris, 2 février 1923 ; Paris, 13 novembre 1935.
(2) *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1936, page 68

CONCLUSION

Nous avons vu, dans ce chapitre, que l'habitation de la concubine, du fait de certains liens qu'elle a avec celle du mari, peut être considérée comme domicile conjugal.

Nous avons vu, dans de nombreux arrêts, des quittances apportées comme preuves de l'indépendance du logement de la concubine, mais dont les affirmations étaient contredites par les faits, seuls retenus ; nous avons vu les juges examiner minutieusement les circonstances des causes pour voir s'il y avait réellement séparation matérielle entre les deux habitations.

Dès que le domicile de la concubine n'apparaît pas comme absolument distinct de celui du mari, la Justice a tendance à le considérer comme domicile conjugal et à faire application aux coupables de l'article 339 du Code pénal. C'est que les juges ont pour rôle de faire respecter la loi, et ils ne doivent pas tolérer que, d'une manière plus ou moins détournée, on arrive à faire ce qu'elle défend, sans tomber sous ses sanctions.

C'est pourquoi, lorsque le mari entretient une concubine — que ce soit dans un logement, qui est actuellement le sien, loué sous le nom d'un tiers ou un nom supposé, ou sous le nom de la concubine — que ce soit dans une habitation qui n'est en réalité qu'une dépendance de sa propre demeure ; — que ce soit même dans une maison qui appartient par moitié à sa maîtresse — la Justice fait application de l'article 339 du Code pénal et empêche que, par la fraude, l'époux coupable obtienne le moyen d'éluder la loi.

Elle se fait, en définitive, en agissant ainsi, une idée juste du rôle du pouvoir judiciaire.

CHAPITRE III

Des effets du relâchement du lien matrimonial sur la notion de domicile conjugal

Il est bien entendu que l'adultère ne peut exister que corrélativement à la soumission des époux au devoir de fidélité et, d'autre part, nous avons vu que l'existence du domicile conjugal est liée au droit de cohabitation de la femme avec son mari.

En d'autres termes, le délit d'entretien de concubine au domicile conjugal ne peut être relevé que si le mari est soumis à l'obligation de fidélité et « tient » sa maîtresse dans un logement où sa femme légitime a le droit d'être reçue.

C'est pourquoi le *divorce* qui est une cause de dissolution du mariage et qui, par suite, met fin aux devoirs et aux obligations des époux, notamment : fidélité et cohabitation, met également fin à l'existence du domicile conjugal.

Avant 1919, le divorce ne devenait définitif qu'après l'accomplissement d'une formalité supplémentaire au jugement : confrontation des époux devant l'officier de l'état civil, jusqu'en 1886 — transcription de la décision de divorce sur les registres de l'état civil, jusqu'en 1919. Tant que cette formalité supplémentaire n'était pas remplie, les obligations des époux subsistaient et le domicile du mari restait le domicile conjugal.

La loi du 26 juin 1919 est venue modifier cette législation. Les époux se trouvent, désormais, divorcés du jour

où la décision prononçant le divorce est devenue définitive. A partir du moment où le jugement ou l'arrêt de divorce n'est plus susceptible de recours, les devoirs des époux prennent fin, notamment la fidélité et la cohabitation, et, par suite, il n'y a plus de domicile conjugal. Il en résulte qu'aucune poursuite n'est possible pour adultère, ni contre le mari, ni contre la femme.

Mais, à côté du divorce, cause de dissolution du mariage, il peut se produire, dans la vie des époux, des événements qui *relâchent simplement les liens de l'union conjugale.* La vie commune cesse, en droit ou en fait, mais l'obligation de fidélité subsiste. C'est ce qui a lieu pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, alors que la femme a obtenu l'autorisation d'habiter dans une résidence distincte du domicile du mari ; c'est ce qui a lieu, aussi, après un jugement de séparation de corps ; c'est ce qui a lieu, enfin, lorsqu'il y a séparation de fait entre les époux.

Dans tous ces cas, le devoir de fidélité subsiste, mais la cohabitation des époux n'existe plus. On est alors amené à se demander si, dans ces situations, le délit d'entretien de concubine pourra être relevé.

Pour répondre à cette question, il nous faut voir ce que devient le domicile conjugal :

— au cours d'une séparation de fait,

— pendant une instance en divorce ou en séparation de corps,

— après un jugement de séparation de corps.

SECTION 1re. — LE DOMICILE CONJUGAL AU COURS D'UNE SEPARATION DE FAIT

Il est assez fréquent que les époux ne fassent plus ménage commun sans que la séparation de corps ait été prononcée entre eux. Cet état de fait, résultat de la mésentente ou de l'incompatibilité d'humeur des époux, peut se présenter comme conséquence d'une séparation amiable ou d'un refus de cohabitation de la part d'un des époux.

La séparation de fait est un état illégal dont, cependant, le Droit ne peut se désintéresser. On l'a vu souvent intervenir dans ce domaine : soit à propos de l'exercice de la puissance paternelle, soit à propos de la capacité de la femme séparée de fait.

Que devient, alors, le domicile conjugal, du cours de cet état de fait ? Les devoirs des époux subsistent, d'une part, notamment la fidélité, et, d'autre part, nous sommes en présence de cette situation : les époux ne cohabitent plus. Dans ces conditions, dans quel cas pourra-t-il y avoir entretien de concubine au domicile conjugal ?

Il faut pour répondre à cette question examiner deux points :

a) Quelles sont les résidences du mari qui peuvent constituer le domicile conjugal ?

b) La maison commune est-elle une résidence de fait ou de droit ?

§ 1er. — RÉSIDENCES DU MARI POUVANT CONSTITUER LE DOMICILE CONJUGAL AU COURS D'UNE SÉPARATION DE FAIT

Le mariage subsiste, avec toutes les obligations qu'il

entraîne à sa suite. *Par conséquent, partout où le mari ira s'installer, à son nom, il établira le domicile conjugal,* parce qu'il sera forcé d'y recevoir son épouse légitime, si elle le désire.

Il nous suffit donc de rappeler ce que nous avons dit dans le chapitre II :

Si le mari entretient une concubine chez lui, même si le logement est dissimulé sous le nom d'un tiers, un nom supposé ou celui de la concubine, il tombe sous le coup de l'article 339.

Si, au contraire, il s'établit au domicile réel de sa concubine, il n'est pas susceptible de poursuite.

Nous ne pouvons mieux faire, pour mettre cette situation en lumière, que de citer, une fois de plus, le professeur Hugneney (1) :

« Un mari abandonne sa femme légitime et s'en va vivre avec une concubine. Si c'est lui qui loue l'appartement où s'abritent les amours du faux ménage, malheur à lui : cet appartement où il fixe sa résidence, où il fait figure de seigneur et maître, où il aurait le droit et même le devoir de recevoir sa femme légitime, devient, aux yeux de la jurisprudence, le domicile conjugal. Que si, au contraire, c'est la concubine qui prend à bail l'appartement et qui, effectivement, de ses deniers personnels, paie les loyers, le mari n'a, au point de vue pénal, rien à craindre : cet appartement, où il n'a aucune pièce à lui, aucun droit et aucun devoir de recevoir sa femme légitime, n'est pas le domicile conjugal ».

C'est donc dans le seul cas où le mari « tient » sa concubine chez lui qu'il est susceptible d'être poursuivi pour adultère.

---

(1) *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1936, p. 68.

Mais de ce domicile du mari la femme légitime est absente : soit parce qu'elle l'a quitté, soit parce que le mari a abandonné son épouse. Parfois, elle ne saura même pas où il se trouve. Cette absence de la femme légitime du domicile du mari n'enlève-t-elle pas à celui-ci le caractère de domicile conjugal ? C'est ce que nous allons voir maintenant.

§ 2e. — La maison commune est-elle une résidence de fait ou de droit ?

L'absence de la femme du domicile du mari, au cours d'une séparation de fait, peut être due à plusieurs causes :

— d'abord le mari peut avoir abandonné sa femme et celle-ci ne réside pas au domicile où il entretient une concubine.

— ensuite la femme peut avoir abandonné le domicile du mari, soit par suite de mésentente avec celui-ci, soit pour fuir avec un amant, soit même pour éviter d'avoir sous les yeux le spectacle de la débauche de son époux.

Quelle que soit la cause de l'absence de l'épouse, *une jurisprudence constante, approuvée par la doctrine, considère comme domicile conjugal la maison habitée par le mari, alors que la femme n'y réside pas,* la femme n'ayant d'autre domicile que celui du mari (article 108 du Code civil).

Cet argument pourrait paraître suffisant pour éviter toute discussion. Mais la jurisprudence, assez abondante en la matière, est une preuve, par son existence même, que des *arguments contraires* ont été présentés, puisque la difficulté a dû être tranchée. Les arguments contraires, on les trouve : généralement, dans les motifs des appels ou

des pourvois en cassation que forment les maris condamnés ; parfois, dans certaines conclusions du ministère public ; enfin, dans quelques rares décisions judiciaires.

Il faut entendre par domicile conjugal, disent en général les pourvois, non pas le domicile des époux, mais la maison où habitent simultanément le mari et la femme. — Il faut, pour qu'il y ait faute caractérisée et punissable du mari, que la femme soit présente aux désordres de son mari, et c'est précisément cette présence qui leur donne leur gravité, et la question n'est pas de savoir si le mari peut forcer la femme à venir résider partout où bon lui semble : elle est de savoir s'il l'y a forcée. — Une autre considération qu'ou trouve dans ces pourvois est prise de la rédaction du projet de loi présenté en 1816 et adopté seulement par la Chambre des pairs, sur la séparation de corps : article 1er : «... La femme pourra demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune, *la femme y résidant* ».

C'est un raisonnement un peu différent, mais aboutissant à la même conclusion, qu'avait tenu l'avocat général Rousseau devant la Cour de cassation en 1820. « Les lois romaines, disait-il, interdisaient à la femme la voie du divorce pour cause d'adultère et ne la lui ont ensuite accordée que pour cause de l'adultère qui aurait eu lieu en quelque sorte sous ses yeux. Le législateur a puisé dans les lois romaines, mais le Code pénal en a encore réduit la latitude : celle-ci s'étendait à tous les cas où l'infidélité du mari s'effectuerait en présence de la femme, tandis que dans notre législation elle est réduite à la seule hypothèse où la concubine partagerait la maison commune. Il faut donc en conclure que l'adultère n'emporte de con-

séquence pour le mari que s'il a lieu non seulement dans la maison commune, mais encore en présence de l'épouse ». La Cour de cassation n'a pas suivi son ministère public et elle a adopté, en cette affaire, un avis conforme à une jurisprudence persistante. (Req. 9 mai 1821).

On trouve cependant quelques arrêts conformes à l'opinion de l'avocat général Rousseau : — Tel, celui du 2 juillet 1810, rendu par la Cour de Limoges, qui déclare que « le reproche fait par la dame Josses à son mari, qu'elle a dit tenir une concubine dans la maison qu'il occupe à Guéret depuis qu'il l'a abandonnée, ne pourrait donner lieu à l'application de l'article 230 du Code civil qui ne dispose que dans le cas où le mari tiendrait sa concubine dans la maison commune » ; — tel, aussi, un jugement du Tribunal de Dunkerque (infirmé par la Cour de Douai le 24 juillet 1812) décidant que : « le concubinage n'a pas eu lieu dans la maison commune, puisque, par l'absence de la dame J..., la maison maritale avait cessé d'être celle des époux ; que, d'ailleurs, l'éloignement de la femme justifiait en quelque sorte l'inconduite du mari » ; — telle, enfin, la décision de la Cour de Paris, du 28 mars 1817, infirmant un jugement du Tribunal de la Seine du 30 avril 1816, qui déclare que l'adultère peut être seulement reproché au mari « lorsqu'il tient sa concubine dans la maison ou habitation commune et qu'il rend ainsi la femme témoin de ses désordres » et que ce n'est pas le cas lorsque la femme a cessé de résider avec lui au moment où il entretient sa maîtresse. Cet arrêt fut cassé par la Chambre civile, le 21 décembre 1818.

La *Cour de cassation* n'a, en effet, jamais varié dans sa jurisprudence. Et, négligeant les deux décisions que nous venons de citer, on peut dire qu'on est en présence d'une

opinion jurisprudentielle nettement établie et persistante.

Il ressort de cette jurisprudence :

— d'abord, que la maison habitée par le mari est réputée domicile conjugal, bien que l'épouse l'ait quittée avant l'introduction de la concubine.

— ensuite, qu'elle doit être considérée comme domicile conjugal même si la femme légitime n'y a jamais habité.

— enfin, qu'elle garde ce caractère, alors même qu'elle est ignorée de la femme.

a) *La maison habitée par le mari est réputée domicile conjugal, bien que l'épouse l'ait quittée avant l'introduction de la concubine*

« Les mots « maison commune » et « domicile conjugal » doivent, en effet, s'entendre du domicile des époux, qui est la résidence de droit, et non de la résidence ou habitation de fait, qui peut être momentanément pour l'un ou l'autre des conjoints dans un endroit éloigné du domicile marital. La maison commune est celle où sont élevés les enfants et où la mère de famille est tenue de leur donner ses soins sous les yeux mêmes du père ; elle est, par conséquent, au domicile du mari. Si la loi a voulu que ce domicile fût respecté, si elle a infligé des peines aux maris coupables qui s'y livraient sans réserve à une conduite désordonnée, ce n'est pas seulement par égard pour une épouse outragée, c'est encore par considération pour les enfants issus du mariage auxquels l'exemple de leur père pourrait être très dangereux, c'est en un mot tout à la fois pour les mœurs et pour la foi conjugale ». Cette raison de la loi est donnée par le pourvoi en cassation con-

tre l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mars 1814, que nous avons signalé précédemment.

Et ce motif, on le retrouve dans certains arrêts, tels que celui de la Cour de Douai du 24 juillet 1812 qui déclare : « que le législateur regarde et que le juge doit regarder comme la maison commune, non seulement celle qui, à une certaine époque, est de fait habitée par l'époux et par l'épouse, mais qu'il lui faut aussi considérer comme telle la maison habitée par le mari, qui, de droit, est le domicile de la femme, celle qu'elle est obligée d'habiter, où elle peut être contrainte légalement de rentrer ; où, enfin, son droit et son devoir la placent et l'appellent quand elle n'est pas repoussée par les désordres... ; que, d'ailleurs, on ne peut distinguer entre le concubinage qui empêche l'épouse de rester dans la maison conjugale d'avec celui qui l'empêche d'y rentrer. Que la législation en parlant de la maison commune ne considère pas seulement la gravité de l'injure faite à la femme, mais la difficulté de prouver l'adultère commis ailleurs par le mari et qu'il considère surtout l'intérêt des mœurs... Qu'enfin, relativement à l'épouse, l'injure insupportable n'est pas seulement l'adultère dont elle est témoin, mais celui dont elle a la certitude. »

Et ce sont toujours les mêmes arguments qui motivent les mêmes décisions prises par les tribunaux :

« Quoique l'intimée soit demeurée chez son père depuis l'An IX, la maison de son mari n'a pas cessé d'être la maison commune, » (Poitiers, 2 Prairial an XII) « parce que ce domicile est de droit celui des deux époux, celui où le mari peut forcer sa femme à se rendre, où la femme elle-même a le droit de rentrer à son gré, ce qu'elle ne peut faire si une concubine tient sa place. » (Tribunal de la

Seine, 30 avril 1816). Ce jugement fut infirmé par la Cour de Paris, le 28 mars 1817, mais celle-ci vit son arrêt cassé par la Chambre civile, le 21 décembre 1818, parce « qu'il faut entendre par maison commune la maison où est de droit la résidence des deux époux, celle où le mari réside, où il peut contraindre sa femme d'habiter et où elle a le droit de résider », ce qui légitime la demande de la femme « lors même que les désordres du mari se sont passés depuis qu'elle a cessé de fait de résider avec lui ».

Ce sont les mêmes expressions qu'on retrouve : — dans l'arrêt de la Chambre civile du 27 janvier 1819 qui déclare « que l'absence de la femme n'ôte pas à l'adultère du mari, lorsqu'il a tenu sa concubine dans sa maison, son caractère de gravité... ; qu'il n'en est pas moins vrai que la concubine a tenu la place de la femme légitime et souillé de sa présence le domicile de la famille » — dans l'arrêt de la Cour d'Agen du 27 janvier 1824 — dans celui de la Chambre civile du 17 août 1825 qui ajoute « qu'il serait trop facile au mari d'éloigner, par de mauvais traitements, la femme du domicile conjugal, pour échapper aux sanctions de la loi ».

Cette dernière considération est importante. Il serait, en effet, inadmissible que le mari puisse se soustraire aux peines légales en chassant, d'une façon plus ou moins directe, sa femme du domicile conjugal ou en la délaissant pour aller habiter avec sa concubine une autre demeure où la femme n'a jamais résidé.

C'est ce que nous allons voir maintenant.

b) *La résidence du mari doit être considérée comme domicile conjugal même si la femme légitime n'y a jamais habité*

C'est ce que nous avons déjà vu à propos des résidences du mari et c'est le moment de rappeler les termes de l'arrêt de la Cour de Toulouse du 22 février 1900 : « Il n'est pas nécessaire que la femme habite actuellement, en fait, le logement ou le mari entretient sa concubine, ni même que la femme l'ait jamais habité avec le mari ; il suffit que ce logement puisse être considéré comme la demeure actuelle du mari ».

Il faut en déduire que le mari qui abandonne sa femme et s'en va habiter avec sa concubine transfère le domicile conjugal au *nouveau lieu d'habitation,* si l'on suppose, naturellement, que les conditions nécessaires pour cela sont remplies par le local occupé.

Mais il faut encore aller plus loin : il peut y avoir entretien de concubine au domicile conjugal *bien que la femme n'ait jamais habité au domicile du mari* et que la maîtresse n'y ait été introduite qu'après le refus de la femme de s'y rendre : — C'est le cas d'espèce qui s'est présenté devant le Tribunal d'Orléans, lequel a conclu, le 15 mai 1820, que : « la loi, comme la morale, entend par maison commune le domicile du mari, puisqu'en droit la femme peut à tout instant forcer son mari à l'y recevoir, et qu'en morale, le mari doit employer tous moyens pour l'y faire demeurer ». — Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Orléans le 16 août 1820. Mais le mari forma un pourvoi en cassation. Et c'est sur ce pourvoi que l'Avocat général Rousseau fut amené, comme nous l'avons

vu, à donner son avis. Pour lui « il paraît conforme à la raison de la loi que le domicile des époux doit être entendu de la résidence de fait du mari et de la femme et non du domicile de droit, qui n'est qu'une fiction judiciaire non applicable à une sanction rigoureuse ». Il lui semble, « en effet, démontré que la loi n'a disposé que pour le cas où l'adultère aurait été commis dans la maison conjugale, dans le temps où l'épouse y demeurait, ou lorsqu'elle s'en est retirée après y avoir résidé », mais non au domicile où la femme n'a jamais résidé et à plus forte raison où elle a refusé d'habiter, car, si l'on admettait cela, « il en résulterait que la femme rebelle qui se serait soustraite à l'autorité du mari et n'aurait jamais habité la maison qu'il s'est choisie participerait frauduleusement à la protection que les lois n'accordent qu'à l'épouse docile et malheureuse ; mais ce qui est surtout frappant, c'est que l'on retomberait dans le grave inconvénient que la loi a voulu prévenir : la femme deviendrait la surveillante de son mari, elle aurait le droit de l'attaquer pour toutes les actions qu'il lui plairait de qualifier d'adultère, car si l'on convient une fois qu'elle peut l'attaquer pour ses liaisons dans une maison qui n'a jamais été réellement commune avec elle, il faudra convenir qu'elle pourra le faire aussi par rapport à toute autre maison où son mari pourrait avoir eu temporairement des relations moralement répréhensibles ; cela renverserait absolument le système de subordination inhérent à l'état du mariage et l'intention du législateur serait étrangement méconnue. »

Nous avons déjà dit que la Chambre des requêtes, dans son arrêt du 9 mai 1821, n'a pas suivi son ministère public. Mais il n'était pas mauvais, à notre sens, de citer l'opinion de celui-ci, qui montre l'état d'esprit du monde

judiciaire, en 1820, à l'égard de l'adultère de la femme et du mari, état d'esprit dont nous dirons plus tard ce qu'il faut penser à l'heure actuelle.

Nous nous contenterons, pour l'instant, de constater avec l'arrêt de la Chambre des requêtes, que « la jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point ». Ainsi donc, *la résidence du mari doit être considérée comme domicile conjugal, même si la femme a cessé d'y résider, même si elle n'y a jamais résidé, même si elle a refusé d'y résider.*

Mais ce domicile du mari, il se peut que la femme l'ignore : le mari qui abandonne sa femme n'a pas coutume de lui laisser sa nouvelle adresse, et, en tout cas, cette adresse peut changer.

c) *La maison habitée par le mari garde le caractère de domicile conjugal, alors même qu'elle est ignorée de la femme*

L'ignorance par la femme du domicile de son mari enlève-t-elle à celui-ci le caractère de domicile conjugal ? Nous avons déjà rencontré cette question, alors que le mari avait un domicile où il vivait en commun avec sa femme. Ici, il s'agit du mari séparé de fait, qui vit en concubinage et dont l'épouse ignore le domicile.

« Partout où le mari habite pour l'utilité de ses affaires ou pour toute autre cause, dit la Cour de Toulouse, il doit être prêt à recevoir sa femme ; ce qui est réprimé par l'article 339 du Code pénal, c'est l'entretien d'une concubine là où la femme aurait le droit d'être avec son mari » (22 février 1900).

Or, la femme qui ignore la résidence du mari ne peut exercer son roit d'y être reçue. Mais cela l'empêche-t-elle d'avoir ce droit ? Et, en tout cas, son époux peut la contraindre à y demeurer avec lui et cela suffit, semble-t-il, pour que la résidence du mari constitue la maison conjugale et que l'adultère du mari, commis dans cette maison, soit punissable. Nous avons vu qu'il importait peu, pour cela, que la femme vive ou non avec son mari.

Tel n'est pas l'avis de la Cour de Bordeaux (29 mai 1928) qui s'exprime ainsi : « Attendu... qu'à aucun moment depuis trois ans passés, la femme D... n'a eu la possibilité de cohabiter avec son mari, puisque, jusqu'à la demande en divorce, elle a ignoré où il se trouvait » et qui en conclut que le logement occupé par le mari n'avait pas le caractère de domicile conjugal.

Mais cet arrêt, qui a eu la prétention d'innover dans d'autres domaines encore (comme nous le verrons lorsque nous étudierons le domicile conjugal pendant l'instance de divorce ou en séparation de corps), semble être une exception. La doctrine (notamment : Garçon ; Chauveau et Hélie ; Garraud ; Le Poittevin ; Morin ; Planiol, Ripert et Rouast) et la jurisprudence que nous avons vues sont à peu près unanimes à considérer que *l'ignorance par la femme du domicile de son mari, pas plus que son absence, n'enlève à celui-ci le caractère de domicile conjugal.*

Nous sommes donc amenés à conclure *qu'au cours d'une séparation de fait, la maison conjugale est le domicile de l'époux et qu'on doit entendre par là la résidence de droit du mari et non le fait de l'habitation des deux époux.*

La situation nous semble bien mise en lumière par une décision de la Cour supérieure de Bruxelles du 14 octobre 1830 :

« En droit, la femme n'ayant pas d'autre domicile que celui du mari, ce domicile est nécessairement la maison commune des époux, aussi longtemps qu'ils ne sont pas légalement séparés. Jusqu'à cette séparation, la femme ayant le droit de rester dans cette maison et le mari étant obligé de l'y recevoir, ce domicile est l'habitation que la loi a destinée à la mère de famille et à ses enfants et d'où elle a voulu surtout éloigner le désordre et le danger d'un pernicieux exemple ».

Ce qui nous amène directement à voir ce que devient le domicile conjugal au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Section 2e. — LE DOMICILE CONJUGAL AU COURS D'UNE INSTANCE EN DIVORCE OU EN SEPARATION DE CORPS

L'un des époux intente une action en séparation de corps ou en divorce. Entre l'introduction de la demande et le jugement de séparation va s'écouler un certain temps : que devient le domicile conjugal au cours de l'instance ?

De prime abord, on ne voit pas ce que cette instance pourrait changer. Tant que le jugement de séparation n'est pas prononcé, l'état de mariage subsiste sans aucun

changement et les époux sont toujours soumis aux mêmes devoirs ; l'obligation de cohabiter s'impose donc toujours. Par suite, le domicile conjugal existe toujours au lieu d'habitation du mari.

Et si, pendant cette période, les époux vivent séparés, on est en présence d'une simple séparation de fait, et nous avons vu que le mari, dans ce cas, fixe le domicile conjugal dans la résidence qu'il habite.

La question serait donc simple si une considération nouvelle n'intervenait très souvent : à la suite de l'introduction d'une demande en séparation de corps ou en divorce, la femme est le plus souvent autorisée à occuper une résidence séparée de celle de son mari. La cohabitation cesse donc de droit. Et l'on peut se demander si, dans ces conditions, le domicile conjugal continue d'exister et où il réside.

D'autre part, certains pourvois ont soulevé une autre question : celle de savoir si les effets du jugement de séparation de corps ne doivent pas, par une sorte de rétroactivité, remonter au jour de la demande. Il résulterait d'une réponse affirmative donnée à cette question que le domicile conjugal aurait cessé d'exister du jour de la demande et que l'article 339 du Code pénal ne pourrait plus recevoir d'application à partir du jour où cette demande a été formée.

Il semble donc logique d'étudier en premier lieu cette dernière question, car si l'on doit admettre que les effets du jugement de séparation remontent au jour de la demande, la question de savoir quelles conséquences peut avoir l'autorisation pour la femme de résider séparément n'a plus de raison de se poser.

§ 1er. — Les effets du jugement de séparation de corps remontent-ils au jour de la demande ?

La séparation de corps, si elle ne rompt pas le lien conjugal, dispense cependant les époux du devoir de cohabitation ; la femme peut fixer son domicile où il lui plaît et elle cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. Nous verrons que, par suite de cette disparition du domicile conjugal, le mari n'est plus punissable pour entretien de concubine.

Il y a donc intérêt à savoir si le jugement de séparation produit ses effets du jour de la demande, car, dans ce cas, l'entretien de concubine ne serait plus punissable dès qu'une demande en séparation serait introduite.

Mais pourquoi les effets du jugement remonteraient-ils au jour de la demande ?

Nous avons vu que le *divorce* produit ses effets, entre les époux, le jour où la décision judiciaire le prononçant est devenue définitive. Mais ces effets n'ont trait qu'à leur personne. Pour les biens, l'article 252 du Code civil précise : « Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande » (et par jour de la demande, il faut entendre, dit la Cour de cassation, le jour de l'assignation devant le tribunal). A l'égard des tiers, la décision de divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription.

Mais que décider *en cas de séparation de corps ?*

L'article 1445 du Code civil nous dit que « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande » et l'article 311 pose que « la séparation de corps emporte toujours la séparation de

biens ». Ainsi donc la séparation de biens (que la séparation de corps entraîne toujours avec elle) produit ses effets du jour de la demande de séparation.

Mais en est-il de même des autres conséquences de la séparation de corps ?

Il faut, ici, se rappeler qu'il y a deux sortes de jugements :

— Les jugements déclaratifs de droits dont les effets remontent au jour de la demande.

— Les jugements constitutifs d'état dont les effets se produisent, pour l'avenir seulement, à partir du jour du jugement.

Les jugements déclaratifs de droits sont la règle, les jugements constitutifs d'état l'exception.

Le jugement de séparation de corps doit-il être considéré comme constitutif d'état ou comme déclaratif et, par suite, l'article 1455 doit-il être considéré comme une exception au principe que les jugements constitutifs ne produisent leurs effets que du jour de leur prononcé ou, au contraire, comme une application du principe général que les jugements sont déclaratifs ?

On trouve des arrêts de la Cour de cassation pour déclarer que l'article 1445, loin d'être une disposition exceptionnelle, est au contraire l'application à un cas particulier du principe général de la rétroactivité des jugements :

— C'est l'arrêt du 20 mars 1855 qui déclare que « la position respective des époux est fixée par la demande en séparation de corps et par l'intention que suppose nécessairement cette demande de faire cesser immédiatement entre eux toute communauté d'intérêts comme toutes relations personnelles ».

— L'arrêt du 13 mai 1862 déclare « que l'article 307 du

Code civil assimile la demande en séparation de corps à toutes les autres actions civiles et que, par suite, en faisant remonter les effets de la séparation de corps à la date de la demande, l'arrêt attaqué s'est conformé au principe général d'après lequel l'effet de tout jugement rétroagit au jour de l'introduction de l'instance ».

— C'est la même idée qu'on retrouve dans des arrêts des 13 mars 1872 et 18 juin 1877, ce qui fait dire à l'annotateur de ce dernier : « La jurisprudence de la Chambre civile paraît fixée sur cette question ».

Mais, en réalité, ces quelques arrêts ne sont que les marques d'une certaine hésitation dans la jurisprudence, puisqu'on trouve, à la même époque, des arrêts en sens contraire, et celle-ci ne tarde pas à se fixer dans le sens du jugement constitutif d'état.

Les raisons de cette opinion sont fort bien données par le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 20 février 1883 :

« Attendu que le principe d'après lequel les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, s'il est applicable lorsqu'il s'agit de statuer sur l'existence d'un droit litigieux mais préexistant à la demande, ne saurait l'être en matière de séparation de corps où le jugement a pour but et pour effet, non de proclamer l'existence d'un droit antérieur, mais bien, en relâchant les liens qui unissaient les époux, de créer pour ces derniers un état et des droits nouveaux, d'où la conséquence que cet état nouveau ne peut exister que pour l'avenir et que les droits qu'il engendre n'ont pu exister antérieurement au jugement ; que s'il est admis que l'effet du jugement prononçant la séparation de corps remonte au jour de la demande, cet effet rétroactif ne saurait s'éten-

dre à autre chose qu'aux intérêts pécuniaires des époux.

Qu'en effet, c'est pour ce motif, qu'aux termes de l'article 311 du Code civil, la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens, qu'on applique par analogie à la séparation de corps, au moins en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, le principe de la rétroactivité au jour de la demande, posé par l'article 1445 du Code civil pour la séparation de biens.

Que, par suite, l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps doit être restreint à la cause commune qu'entraînent, pour les époux, la séparation de corps et la séparation de biens.

Qu'il résulte de ce qui précède que la séparation de corps ne peut avoir pour effet que les époux se soient trouvés, dès le jour de la demande, soustraits aux obligations que la loi leur impose, et que, pendant l'instance, la demeure du mari ait cessé d'être la maison conjugale.

Que, s'il en était autrement, il faudrait, par une conséquence inadmissible, surseoir à toute poursuite d'entretien de concubine dans la maison conjugale chaque fois qu'une instance en séparation de corps aurait été introduite antérieurement aux faits relevés contre le mari. »

Et la Chambre criminelle donne un résumé de la jurisprudence dans un arrêt du 17 août 1883 :

« Si la rétroactivité peut être admise par application de l'article 1445 du Code Civil en ce qui concerne la séparation de biens, conséquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait être de même pour les obligations morales des époux, et spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune et aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelle ; (que) ces obligations et ces devoirs subsistent tout entiers tant que les liens du mariage n'ont pas

été relâchés par la séparation de corps, (qu')il n'est donc pas possible d'admettre qu'un jugement de séparation survenant après l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale fasse disparaître le délit commis par le mari ».

Ainsi donc les effets du jugement de séparation ne doivent pas être considérés comme remontant au jour de la demande.

Et cette affirmation est corroborée par l'existence de nombreux arrêts qui posent en principe (ce qu'on ne comprendrait pas sans cela) que l'autorisation pour la femme de résider séparément n'empêche pas, comme nous allons le voir, la résidence du mari de constituer le domicile conjugal.

§ 2e. — LES EFFETS DE L'AUTORISATION DONNÉE A LA FEMME DE RÉSIDER SÉPARÉMENT, AU COURS D'UNE INSTANCE EN DIVORCE OU EN SÉPARATION DE CORPS, SUR LA NOTION DE DOMICILE CONJUGAL.

La jurisprudence, sur ce point, est fixée depuis longtemps, mais un arrêt de la Cour de Bordeaux, consécutif à des modifications du Code civil, est venu, en 1928, poser des questions nouvelles à l'attention des juristes, sans que la jurisprudence en ait été changée par la suite.

Nous allons donc examiner successivement :

— la jurisprudence antérieure à 1928,

— l'arrêt de la Cour de Bordeaux,

— la jurisprudence postérieure à 1928.

a) *La jurisprudence antérieure à* 1928

Au cours de la procédure du divorce ou de la séparation

de corps, « le jugement peut autoriser l'époux demandeur à résider séparément » (article 236 du Code civil). On est donc, alors, en face de la situation suivante : l'instance en divorce ou en séparation de corps est en cours, mais la femme n'est plus au domicile marital, elle ne sera pas témoin de la violation de la foi conjugale, et, cependant, le lien du mariage n'est pas encore relâché, les époux peuvent encore se rapprocher.

Le domicile du mari est donc encore la maison du ménage et l'entretien d'une concubine dans ce domicile a toujours été considéré comme un délit, jusqu'en 1928. La jurisprudence et la doctrine étaient d'accord sur ce point (1).

C'est en termes à peu près identiques que les décisions judiciaires font application de ces idées.

C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 décembre 1857 (reproduit par elle presque intégralement le 17 août 1883), expose tous les arguments en faveur de cette solution :

« Attendu que pendant le mariage, le domicile du mari est la maison conjugale ; que la demande en séparation de corps ne peut avoir pour effet de relâcher les liens qui unissent les époux et de les soustraire aux obligations que la loi leur impose ; que si la femme peut se faire autoriser par le Juge à quitter momentanément l'habitation commune, cette mesure, essentiellement provisoire, peut cesser d'un moment à l'autre, soit par la volonté des époux, soit par le rejet de la demande en séparation de corps... ; que la présence de la concubine dans la maison du mari serait un obstacle à ce que la femme y rentrât, qu'ainsi les règles

(1) Garçon, *Code pénal annoté* ; article 339, n° 20. Garraud, t. 5, n° 2161. Le Poittevin. Aubry et Rau, t. 7, § 479. Planiol, Ripert et Rouast, n° 596

du Droit comme les principes de moralité sur lesquels il repose, conservent au domicile du mari, même en l'absence de la femme, le caractère qui lui est attribué par la loi, et que, pendant l'instance en séparation de corps, il reste la maison conjugale dans les termes de l'article 339 ».

On aperçoit donc les idées qui se dégagent de ces arrêts :

— Tant que le mariage subsiste dans son intégrité, il est inadmissible qu'il n'y ait pas de domicile conjugal et on ne voit pas où serait ce domicile ailleurs qu'au domicile du mari ; et, comme le dit Ed. Villey (1), « le fait même qu'il faut à la femme une autorisation de la Justice prouve la permanence, en principe, de l'obligation imposée par l'article 214 et du domicile conjugal ».

— Nous savions que l'absence de fait de la femme ne peut enlever au domicile du mari le caractère de domicile conjugal. Mais, ici, il s'agit d'une absence légale et nous voyons que l'autorisation donnée à la femme de quitter momentanément le domicile du mari n'enlève pas à celui-ci le caractère de maison conjugale, parce que cette mesure est essentiellement provisoire et peut cesser d'un moment à l'autre par la volonté des époux ou par le rejet de la demande en séparation.

La femme légitime doit donc être libre de réintégrer le domicile conjugal et il n'en serait pas ainsi si une concubine occupait sa place dans la maison du mari.

Ces motifs sont reproduits dans toutes les décisions judiciaires qu'on trouve sur ce point avant 1928 : Rennes, 20 janvier 1851 ; Criminelle, 12 décembre 1857 ; Bordeaux, 21 avril 1858 ; Criminelle, 17 août 1883 ; Bordeaux, 18 décembre 1896 ; Trib. corr. Perpignan, 16 janvier 1902 ; Trib. corr. Seine, 10 novembre 1915.

(1) Voir note sous : Crim., 17 août 1883 (S. 85.1.281.).

C'était donc une jurisprudence fixée que celle qui posait *que la maison du mari conserve le caractère de domicile conjugal pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, alors même que la femme a été autorisée à avoir une résidence séparée.*

b) *L'arrêt de la Cour de Bordeaux du* 29 *mai* 1928

L'arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 *mai* 1928 est venu rompre avec cette jurisprudence si solidement assise et approuvée par la doctrine. Il a décidé qu'en cas d'instance en divorce ou en séparation de corps, l'habitation du mari n'est plus le domicile conjugal à partir de l'ordonnance fixant à la femme une résidence séparée.

Pour rendre sa décision, la Cour de Bordeaux a tenu le raisonnement suivant :

1° Le domicile conjugal est celui où la femme peut et doit habiter avec son mari.

2° Or, depuis deux ans la femme n'a pas eu la possibilité d'habiter avec son mari parce que :

a) d'une part, jusqu'à la demande en divorce, elle était dans l'impossibilité de fait de le faire car elle ignorait où se trouvait le domicile du mari. (Mais nous avons vu que l'ignorance par la femme du domicile marital n'enlevait pas à ce dernier le caractère de domicile conjugal).

b) d'autre part, l'ordonnance est ensuite intervenue qui, juridiquement, empêchait cette cohabitation.

En effet, les lois des 5 août 1919 et 25 avril 1924 sont venues modifier les articles 296 et 331 du Code civil et permettre : la première, « à la femme divorcée de contracter un second mariage 300 jours après l'ordonnance l'autori-

sant à résider séparément »; la seconde, « aux père et mère de légitimer leurs enfants adultérins réputés conçus à une époque où ils avaient un domicile distinct en vertu de la même ordonnance et antérieurement à un désistement de l'instance, au rejet de la demande ou à une réconciliation judiciairement constatée ».

« Ces textes, dit la Cour, sont inconciliables avec la possibilité d'une cohabitation, au gré de la femme, au domicile du mari, pendant que l'ordonnance est en vigueur, étant donné les graves conséquences qu'ils font découler, par la suite, du fait même de cette ordonnance, tant au point de vue de remariage de la femme qu'au point de vue de la légitimation de l'enfant conçu pendant cette période. »

Et elle tire argument « de ce qu'il serait paradoxal qu'un seul et même fait pût entraîner à la fois contre son auteur des poursuites correctionnelles pour entretien de concubine au domicile conjugal (article 339 du Code pénal) et lui permettre de légitimer son enfant (Loi du 25 avril 1924), précisément parce qu'il aura été accompli au temps où l'ordonnance du président recevait son exécution » ajoutant « que dans l'état actuel de la législation, c'est pourtant à ce résultat qu'on arriverait si la jurisprudence persistait à considérer comme domicile conjugal la résidence du mari, une fois rendue l'ordonnance du président fixant un logement séparé à chacun des époux ; que le législateur n'a certainement pas voulu consacrer un pareil état de chose ».

Conclusion : en droit, la cohabitation n'était donc pas possible et par suite :

3° — Si la cohabitation n'a été possible ni en fait, ni en droit, il faut dire « qu'un local dans lequel les époux sont

dans l'impossibilité de cohabiter ne peut être qualifié de domicile conjugal ».

En présence des lois des 9 août 1915 et 25 avril 1924, la Cour de Bordeaux décide donc que l'habitation du mari n'est plus la demeure conjugale après qu'a été rendue l'ordonnance permettant à la femme de résider séparément. A la suite de ces deux lois, elle s'est imaginé, comme le dit M. Hugueney (1) « que l'indulgence du législateur devait implicitement s'étendre du domaine civil au domaine pénal et que l'adultère consommé après l'ordonnance du président, autrefois réprimé, cessait d'être punissable ».

Que faut-il penser de cet arrêt de la Cour de Bordeaux ?

Nous verrons qu'il n'a eu aucune influence sur la jurisprudence qui lui a succédé. En doctrine, il a été fort sévèrement critiqué :

L'argumentation de la Cour de Bordeaux n'a paru convaincante, ni à M. Nast, au Dalloz, ni à l'annotateur du Sirey, qui se sont intéressés à cet arrêt :

— M. Nast, dans sa note au Dalloz (2), estime « qu'il n'y a rien de paradoxal à ce que le même acte puisse entraîner des poursuites pour adultère et permettre de légitimer des enfants nés de l'adultère, car l'article 331 du Code civil est une disposition de faveur, non pour l'époux adultère, mais pour les enfants nés de sa faute : de ce que la loi civile permet d'effacer, dans l'intérêt de ceux-ci, les conséquences de la faute commise par le père ou la mère, il ne résulte pas nécessairement que la loi pénale ait cessé de considérer la faute du père ou de la mère comme un délit ».

— C'est la même idée qu'exprime, sous une forme diffé-

(1) *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1936.
(2) Sous l'arrêt de Bordeaux, 29 mai 1928 ; D. 29.2.124.

rente, l'annotateur du Sirey, sous l'arrêt (1) : « le législateur a pu vouloir effacer, en faveur de l'enfant adultérin, les conséquences de la faute à laquelle celui-ci doit la vie, sans cesser de considérer cette faute comme un délit. Ces deux lois peuvent parfaitement coexister et on n'a pas le droit de conclure de la promulgation de la seconde à l'abrogation de la première ».

Si l'argumentation de la Cour de Bordeaux n'est pas convaincante, sa solution, par contre, conduirait, disent MM. M. Nast et P. Garraud, à des conséquences inadmissibles :

— « Le raisonnement de la Cour de Bordeaux, dit M. Nast, aurait pour conséquence de faire disparaître de la loi pénale, même en dehors de toute instance de divorce ou en séparation de corps, le délit d'adultère quand il est commis par la femme, ou quand il est commis par le mari et qu'il n'existe pas de descendants légitimes du mariage, car dans les deux hypothèses, l'article 331 du Code civil permet de légitimer les enfants qui naissent éventuellement de l'adultère. Conséquence suffisant à prouver le malfondé de cette solution. »

— Se plaçant, lui, sur le terrain de la moralité sociale, M. Pierre Garraud (2) fait remarquer que « le triomphe, en jurisprudence, de la thèse admise par la Cour de Bordeaux aurait pour conséquence d'accentuer encore la différence entre la répression des manquements à la fidélité conjugale du mari et de la femme, établie par les articles 336 à 339 du Code pénal et par leur interprétation jurisprudentielle ; non seulement, en effet, l'adultère de la femme est toujours réprimé, tandis que l'adultère du mari ne l'est que

(1) S. 28.2.149.
(2) *Sem. juridique ;* 1928, p. 1115.

s'il prend la forme de l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale, mais encore l'adultère de la femme reste toujours punissable après la séparation de corps, tandis que le mari séparé de corps ne peut plus tomber sous le coup de l'article 339 du Code pénal, la séparation faisant disparaître nécessairement tout domicile conjugal ; le système de la Cour de Bordeaux accentuerait cette scandaleuse inégalité, puisque le mari serait assuré de l'impunité dès la demande même en séparation de corps et dès la fixation pour la femme d'un domicile séparé, et qu'il pourrait être, dès lors, tenté de faire une demande dans le seul but de faire échec à l'article 339 et de violer impunément le devoir de fidélité. »

Ainsi donc, la doctrine a réagi violemment contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux et les arguments qu'elle a apportés pour le faire semblent convaincants : il n'appartient pas à un tribunal de prendre prétexte de lois civiles s'appliquant à des matières différentes pour refuser d'appliquer des textes pénaux. « S'il est vrai, comme le dit le professeur Hugueney (1), que la loi civile et la loi pénale ont cessé d'être à l'unisson, c'est au législateur et non au juge de metre la loi pénale à la page. »

Il faut donc conclure avec l'annoteur du Sirey que « cet arrêt est de ceux qui appellent un pourvoi ».

c) *La jurisprudence postérieure à* 1928

Ce pourvoi n'a pas été formé et on peut le regretter, car il aurait été intéressant de connaître l'avis de la Cour de cassation sur ce point.

Cependant, depuis 1928, la jurisprudence a été assez

(1) *Etudes criminologiques ;* 1928, p. 211.

abondante et quelques Cours d'appel se sont prononcées sur la question : on peut dire que, d'une manière quasi-unanime, les décisions intervenues depuis 1928 ont condamné l'opinion de la Cour de Bordeaux et que la jurisprudence est restée la même après comme avant l'arrêt du 2 mai 1928.

En effet, la seule décision judiciaire qui ait été influencée par l'argumentation de cet arrêt est un jugement du Tribunal de Perpignan du 22 février 1930 qui reprend, à peu près mot pour mot, le passage de l'arrêt du 21 mai 1928 relatif aux lois des 19 août 1919 et 25 avril 1924 en y ajoutant deux attendus pour prouver que l'article 331 du Code civil (1) s'applique aussi bien à la séparation de corps qu'au divorce, et un troisième, assez... inattendu, dans lequel il déclare « qu'il n'est pas douteux qu'aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, le juge conciliateur a la faculté, s'il le croit utile, de fixer la résidence de la femme dans ce domicile conjugal et, par suite, enjoindre au mari de quitter ce domicile et que, par l'effet de cette ordonnance, le domicile conjugal n'existerait plus ». Le Tribunal de Perpignan semble ne pas s'être demandé si le mari pouvait transférer le domicile conjugal au nouveau domicile qu'il se voit dans l'obligation d'occuper.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, de ce jugement, il fut réformé, sur appel, par la Cour de Montpellier, qui dans son arrêt du 3 avril 1930 — du reste non motivé — se contente d'affirmer « qu'il faut admettre que l'ordonnance autorisant, au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, les époux à vivre séparément, n'anéantit pas le domicile conjugal, qui subsiste tant qu'un jugement sur le fond n'est pas intervenu ».

(1) Relatif à la légitimation des enfants adultérins.

Depuis cette date, la jurisprudence a adopté ce point de vue, qui semble très juridique car, les lois du 9 août 1919 et 25 avril 1924 ayant d'autres objets, il n'y a pas de raison pour qu'elles modifient les éléments constitutifs du délit d'adultère commis par le mari.

C'est l'avis de la Cour de Poitiers (12 décembre 1930), c'est celui de la Cour de Paris (9 juin 1931) qui revient aux termes de l'arrêt de la Chambre criminelle du 17 août 1883 (« l'autorisation de quitter momentanément l'habitation commune était essentiellement provisoire et pouvait cesser d'un moment à l'autre par la volonté des époux ou par le rejet de la demande en divorce »).

De même, le Tribunal correctionnel de Redon déclare, le 3 mai 1934, que « si le mari n'a pas le devoir d'y recevoir sa femme puisqu'elle est en instance de séparation de corps et qu'une ordonnance du président du Tribunal... l'a dispensé de l'obligation de résidence commune qui lui est imposée par l'article 214 du Code civil, il en a au moins le droit ».

Et le 1er avril 1936, le Tribunal correctionnel de Rochefort-sur-Mer déclare expressément que « les lois des 9 août 1919 et 25 avril 1924, s'appliquant à des objets de nature différente, n'ont apporté aucune modification aux dispositions juridiques » suivant lesquelles, pendant toute la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps, le domicile du mari continue à avoir le caractère de maison conjugale, même quand la femme a obtenu un domicile séparé.

Ainsi donc, actuellement, on peut dire que la jurisprudence dominante est bien fixée en ce sens : *le domicile du*

mari demeure le domicile conjugal jusqu'à la dissolution du mariage ou la séparation de corps.

Section 3e. — LE DOMICILE CONJUGAL APRES UN JUGEMENT DE SEPARATION DE CORPS

Le but essentiel de la séparation de corps, comme son nom lui-même l'indique, est de dispenser les époux du devoir de cohabitation et de permettre à la femme de résider séparément. Il apparaît donc que la résidence du mari doit alors cesser d'être considérée comme le domicile conjugal.

Disons de suite que la jurisprudence est fixée dans ce sens. Mais il faut ajouter qu'on peut hésiter : la séparation de corps est, en effet, une autorisation donnée aux époux de résider séparément. Mais nous avons vu que la permission donnée à l'épouse par le juge d'habiter hors du domicile marital n'enlevait pas à celui-ci le caractère de domicile conjugal, pour la simple raison que cette séparation autorisée est considérée comme provisoire. Mais on peut en dire autant de la séparation de corps qui peut cesser un jour ou l'autre par suite de réconciliation.

C'est donc une question fort délicate, et *la thèse suivant laquelle le domicile du mari conserverait le caractère de domicile conjugal, même après la séparation de corps,* a été adoptée par quelques décisions judiciaires.

Les arguments en sa faveur ont été excellemment donnés par l'arrêt du 15 juin 1837 de la Cour de Lyon (Affaire Marmin) :

« Attendu, dit-il, ...que la séparation de corps, sans rom-

pre le lien matrimonial, dans le cas où la vie commune des époux n'est plus supportable, le détend et le relâche.

« Attendu que, dans ce cas, ...le foyer domestique, qui n'est pas absolument détruit, reste à la garde du chef de famille, afin que les enfants puissent s'y rallier et que l'épouse y revienne ou plus tôt ou plus tard reprendre sa place à la maison conjugale, qui subsiste encore malgré la retraite de l'épouse et doit être conservée pure des souillures de l'immoralité.

« Attendu qu'une interprétation différente se concilierait mal avec les prescriptions d'ordre public, d'intérêts, de convenances sociales qui ont dû saisir et occuper la pensée des rédacteurs du Code, car admettre comme vrai que l'éloignement de l'époux peut autoriser le mari à faire entrer sa concubine dans la maison que la femme légitime s'est vue contrainte d'abandonner, ce serait placer les enfants dans la triste nécessité de fuir ce domicile ou d'y être les témoins de désordres coupables, ce serait forcer l'épouse à voir se reproduire des torts qu'elle aurait pu être disposée à oublier et à pardonner, ce serait enfin donner au mari une sorte d'encouragement à se montrer injuste envers sa compagne pour l'obliger à hâter un éloignement qui le rendrait libre d'afficher avec plus de scandale une honteuse préférence et, il faut bien le reconnaître, ces désolantes conséquences ne permettent pas de supposer dans la loi un principe aussi désorganisateur. »

C'est aussi l'avis du Tribunal de Versailles qui, le 29 octobre 1857, déclare que la séparation de corps « n'enlève pas, le mariage subsistant toujours, le caractère de maison conjugale à l'habitation du mari, demeuré chef de la famille ».

La thèse de la persistance du domicile conjugal après la

séparation de corps, n'a pas trouvé beaucoup de défenseurs en doctrine. Seul (1), Le Sellyer (2) prétend « qu'une fois la séparation de corps prononcée, il n'y a plus d'habitation commune obligée, mais qu'il y a toujours habitation conjugale, en ce sens que le lien du mariage n'est pas rompu, et que le mari n'a point le droit d'introduire une étrangère aux lieu et place de l'épouse légitime ».

La majorité de la doctrine se prononce en sens contraire : ainsi Chauveau et Hélie, Morin, Dutruc, Demolombe, Valette, Laurent, Massol, Garraud, sont d'avis *que le domicile du mari ne saurait garder, après la séparation de corps, le caractère de domicile conjugal.*

Et la jurisprudence est nettement fixée en ce sens :

C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Lyon du 15 juin 1837 (Affaire Marmin) que nous avons cité précédemment fut cassé, le 27 avril 1838, parce « qu'il n'y a plus de domicile conjugal, dans le sens de l'article 339, dès que, par suite du jugement de séparation de corps, il n'y a plus d'habitation commune ». Et, après le renvoi, la Cour de Grenoble, le 18 novembre 1838, décide qu'on ne peut pas admettre que « nonobstant la séparation de corps, la demeure du mari continue d'être la maison conjugale dans le sens de l'article 339, parce qu'une telle interprétation est repoussée par le texte et l'esprit de la loi : par le texte, puisqu'elle a employé la désignation de « conjugale », qui ne peut s'entendre que d'une habitation commune aux époux ; par l'esprit, puisque l'adultère du mari n'étant pas constitué délit d'une manière absolue, comme celui de la femme, mais

(1) Signalons toutefois que Vazeille, Duranton, Mangin, semblent être de son avis.

(2) Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'exécution des actions publiques et civiles ;* t. 1er, p. 281, n° 2.

seulement dans le cas où le mari a placé sa concubine à côté de sa femme dans le domicile conjugal, parce qu'il en résulte injure grave pour elle, cette injure n'existe pas, et par suite, l'adultère n'est plus punissable, lorsque le domicile a cessé, en droit ou en fait, d'être celui de la femme ».

De même, le jugement du Tribunal de Versailles du 29 octobre 1857, que nous avons également cité précédemment, est infirmé par la Cour de Paris, le 4 décembre 1857, sur les motifs suivants : « Il n'y a plus de domicile conjugal dans le sens de l'article 339, dès que, par suite du jugement de séparation de corps, il n'y a plus d'habitation commune ; si la séparation de corps ne dissout pas le mariage, si elle laisse subsister entre les époux les devoirs mutuels de fidélité et d'assistance, si le mari reste le chef de famille, on ne saurait en conclure que la demeure du mari puisse, après la séparation de corps, conserver encore le caractère et les prérogatives de maison conjugale, puisque le but principal de la séparation de corps est précisément de faire cesser, en fait comme en droit, toute cohabitation entre les époux et d'attribuer désormais à chacun d'eux un domicile particulier, légalement interdit à l'autre conjoint ».

Et c'est ce même motif qu'on retrouve dans le jugement du 28 mai 1872 du Tribunal de la Seine, qui marque nettement la cessation du domicile conjugal par la séparation de corps : « Lorsqu'elle a été judiciairement prononcée entre les époux, dit-il, le domicile du mari cesse d'être la demeure légale de la femme et, par conséquent, lorsque le jugement de séparation de corps a reçu son exécution, il n'existe plus et il ne peut exister ni maison conjugale, ni maison commune ». Et il répond aux arguments qu'on

opposerait, par celui-ci : le domicile conjugal a cessé d'exister. « On prétendrait vainement, dit-il en effet, que la séparation de corps ne dissout pas le mariage, qu'elle laisse subsister entre les époux des devoirs mutuels de fidélité et d'assistance, que le mari reste chef de famille, qu'il conserve la puissance paternelle, quelquefois la garde des enfants, qu'il est regrettable que ceux-ci puissent être témoins de désordres coupables de la part de leur père, et que ces désordres eux-mêmes puissent rendre plus difficile la réconciliation des époux. Ces considérations morales, quelle qu'en soit la gravité, sont étrangères aux motifs et aux prévisions de la loi destinée à réprimer et à punir les écarts du mari. »

Il peut paraître regrettable que la séparation de corps prononcée au profit de la femme, peut-être pour offense résultant de l'entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal, ait pour effet de laisser toute liberté à l'époux pour continuer le fait scandaleux qui a été frappé de réprobation par le jugement de séparation et que la femme ne sorte du domicile commun que pour laisser la place à celle qui a jeté le trouble dans la vie conjugale. Mais la loi ne saurait comporter une autre interprétation et la jurisprudence est fixée depuis longtemps en ce sens. La Cour de Lyon, le 7 janvier 1873, le Tribunal de Lille, le 26 mars 1904, et le Tribunal de Redon, le 3 mai 1934, consacrent ce point de vue.

On peut donc conclure, avec la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence, *que le domicile du mari ne doit plus être considéré comme le domicile conjugal après la séparation de corps, parce qu'alors il n'y a plus de maison commune.*

Il suit de là que l'article 339 n'est plus applicable au

mari séparé de corps : l'adultère du mari n'est donc plus du tout punissable. Mais le devoir de fidélité, nous l'avons dit, survit à la séparation. Si le mari ne peut être poursuivi, c'est uniquement parce qu'il n'est punissable pour adultère qu'autant qu'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale et que celle-ci n'existe plus.

Et il résulte de cette persistance du devoir de fidélité que, tant que les liens du mariage n'ont pas été dissous, la femme, dont l'adultère est punissable partout, reste passible, dans ce cas, des peines de l'article 336.

Il suit de là, également, qu'elle ne peut plus, après séparation de corps, repousser la plainte du mari en prouvant qu'il a lui-même entretenu une concubine dans son domicile.

Par contre, le domicile séparé de la femme n'étant plus le domicile conjugal, le meurtre commis par le mari dans cette demeure, en cas de flagrant délit d'adultère (article 324 du Code pénal), ne pourrait pas être déclaré excusable (1).

On voit à quelle injustice aboutit, en France, le système repressif de l'adultère ; la femme dont la faute tombe sous le coup de la loi, partout où elle est commise, pendant le mariage normal, est encore passible de peines après une séparation de corps ; le mari, qui est punissable seulement pour entretien de concubine au domicile conjugal, ne tombe plus sous le coup de l'article 339 dès qu'il y a séparation de corps.

---

(1) Voir : *Crim.*, 25 janvier 1872.

CONCLUSION

Nous venons donc de voir dans ce chapitre :

a) que la séparation de fait n'a aucune répercussion sur l'existence du domicile conjugal, parce que le mari a le droit et le devoir de recevoir son épouse à son domicile ;

b) que l'instance en divorce ou en séparation de corps n'enlève pas à la résidence du mari le caractère de maison commune, parce que l'époux sans y être obligé, a le droit d'y recevoir sa femme ;

c) que la séparation de corps met fin à l'existence du domicile conjugal, quoique le mari conserve le droit de recevoir son épouse à son domicile ;

d) que le divorce, en rompant le lien matrimonial, met fin à l'existence de la maison conjugale.

Le domicile conjugal existe donc (et il est alors au domicile du mari) pendant toute la durée du mariage, jusqu'au jugement définitif de séparation de corps ou de divorce. L'article 339 est donc applicable à tout époux non séparé de corps ou non divorcé, qui entretient une concubine à son domicile.

Et nous pouvons conclure en disant, avec le Tribunal correctionnel de Redon (1), que « l'expression domicile conjugal doit s'entendre *...de toute habitation durable dans laquelle le mari a le devoir ou même simplement le droit de recevoir sa femme* », en ajoutant : dans les cas où la demeure conjugale existe (c'est-à-dire *jusqu'à la séparation de corps ou au divorce*).

(1) 3 mai 1934.

CHAPITRE IV

Les pouvoirs du juge du fait et le contrôle de la Cour de cassation en ce qui concerne le domicile conjugal

Nous avons rencontré, au cours de notre étude, des questions particulièrement embarrassantes pour les juges, telles que celles de savoir : si une résidence présente ou non le caractère de domicile conjugal ; si l'appartement de la concubine, par suite de sa dépendance de celui du mari, ne doit pas être considéré comme maison commune ; si la location au nom de la concubine ou d'un tiers n'est pas simulée.

C'est d'après les éléments de fait de la cause que le juge aura à se décider.

Mais il apparaît immédiatement qu'en cette matière des difficultés nombreuses vont se faire jour à propos de la *compétence de la Cour de Cassation :*

Car le Juge du fait — Tribunaux civils, Tribunaux correctionnels, Cours d'appel — n'est soumis au contrôle de la Cour suprême que sur les points de droit tranchés par ses décisions : le fait est son domaine exclusif, il y est souverain.

« La Cour de cassation, en effet, n'est instituée que pour réprimer les violations de la loi ; elle ne peut connaître

du bien ou du mal jugé : elle sortirait de ses attributions, si elle étendait son examen et sa censure sur une appréciation que la loi a abandonnée à la conscience des tribunaux et qu'elle a déclaré souveraine » (1).

Il suffit pour étayer cette affirmation de citer l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire : « La justice est rendue souverainement par les Cours ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi » et il faut ajouter que les arrêts et jugements peuvent être annulés seulement pour les vices intrinsèques qu'ils peuvent renfermer.

Mais, ces deux points posés, il faut dire également, avec la Cour de Cassation (2 avril 1825), que « si les déclarations de fait données par les Tribunaux et les Cours sont irréfragables, il n'en est pas de même des qualifications qu'ils donnent aux faits par eux déclarés et des conséquences qu'ils en ont tirées » et que « la Cour de Cassation, étant chargée de réprimer les violations qui seraient commises contre la loi, a nécessairement qualité pour juger l'appréciation des dits faits et leurs conséquences, puisque ce jugement devient la base d'application de la loi pénale ».

Si nous avons rappelé ces idées :

— Souveraineté des cours et tribunaux pour la constatation des faits ;

— Annulation de leurs décisions, possible seulement pour les vices intrinsèques de celles-ci ;

(1) F. Hélie et Chauveau, *Traité de l'Instruction criminelle.*

— Contrôle de la Cour suprême sur les points de droit, y compris les questions de qualification,

— c'est que nous allons avoir à en faire application dans notre matière en nous demandant *quel est le domaine du fait, et par suite, le pouvoir des juges, dans la détermination du domicile conjugal.*

Certaines notes des recueils de décisions judiciaires, certains paragraphes des répertoires de doctrine ou de jurisprudence, certains auteurs (1) donnent à cette question une réponse qu'on peut ainsi résumer :

La question de savoir ce qu'il faut entendre par domicile conjugal présente de graves difficultés, dont nous avons eu un aperçu à propos des résidences du mari, du logement de la concubine qui dépend de celui de l'épouse ou de la simulation de résidence ; et la solution dépend d'une appréciation des faits qui rentre dans le *pouvoir souverain du juge du fait ;* il lui appartient, en effet, d'apprécier souverainement les circonstances d'où peut résulter la preuve de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal.

Cette opinion s'appuie sur quelques décisions judiciaires qui semblent, en effet, admettre ce pouvoir souverain du juge du fait.

C'est ainsi que la Chambre criminelle, par son arrêt du 7 juin 1861, rendu dans l'affaire Dutertre (et que nous avons rapporté à propos du logement secret loué sous un faux nom par un industriel), déclare :

« Attendu que ces considérations constituent en fait et en droit des motifs suffisants pour justifier l'arrêt attaqué, puisqu'ils ont pour effet :

(1) Notamment, Garraud, Revel

1° — En fait, de dénier, *par suite d'une appréciation souveraine des circonstances* de la cause la qualification de domicile conjugal au logement du Boulevard M.

2° — En droit, de faire juridiquement découler comme conséquence de cette appréciation, le renvoi du prévenu des fins de la poursuite. »

C'est la Chambre criminelle qui, le 23 mars 1865 — dans un arrêt déjà vu — décide que : « l'arrêt attaqué, par une *appréciation de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation,* déclare... que les deux appartements ont été loués par B... seul, que, par son ordre et comme condition du bail, une porte de communication a été ouverte entre les deux, et que, par suite, ils ne forment, en réalité, qu'un même et unique appartement ».

C'est, de même, la Chambre des requêtes qui, le 28 novembre 1859, reconnaît (comme nous l'avons vu) que la Cour de Rouen a eu raison de voir le domicile conjugal dans un simple pied-à-terre situé hors de la commune où résident les époux et dans lequel la femme n'est jamais venue, dans un arrêt ainsi conçu :

« Attendu que l'arrêt déclare, en termes exprès, qu'il résulte des documents du procès, et notamment de l'enquête, que Devilliers s'est rendu coupable d'adultère, et qu'il a tenu sa concubine dans la maison commune ; qu'en fait, *cette déclaration est inattaquable devant la Cour de Cassation ;* qu'en droit les motifs de l'arrêt son textuellement conformes dans leur rédaction à la disposition de l'article 230 ; qu'on ne peut donc y trouver une violation de la loi ; Rejette. »

Il semble donc résulter de ces décisions que les faits sont souverainement appréciés par les tribunaux qui peuvent, en conséquence de cette appréciation, admettre ou dénier

la qualité de domicile conjugal, en dehors du contrôle de la Cour suprême.

Mais l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 novembre 1858, intervenu dans l'affaire de l'inspecteur d'assurances Lamiraudie et à propos des résidences qu'il occupait avec sa concubine, pour les besoins de son travail, peut faire entrer un doute dans l'esprit : « Attendu, dit-il, que les faits tels qu'ils sont constatés par l'arrêt attaqué ne constituent pas nécessairement le délit prévu par l'article 339 du Code pénal... »

Les faits constatés par l'arrêt ont trait, en effet, soit à l'entretien de concubine, soit au domicile conjugal et la Cour suprême, en déclarant qu'ils ne constituent pas le délit de l'article 339, exerce tout simplement son contrôle sur la *qualification* faite par l'arrêt attaqué, des circonstances de la cause. La Cour de cassation reste donc dans son domaine propre.

Car, si constater des faits et les poser dans une décision est certainement le rôle exclusif des cours et des tribunaux, les apprécier pour dire s'ils peuvent ou non être classés sous un terme donné par la loi — ce qui est la définition de la qualification des faits par les tribunaux — rentre sûrement dans le domaine de la Cour de cassation qui assure le contrôle des qualifications.

Ce dernier arrêt semble donc être en accord avec l'idée habituelle que l'on se fait du rôle de la Cour suprême.

Mais alors, pourquoi les arrêts précédents, à l'exception du dernier, reconnaissent-ils un pouvoir d'appréciation souverain des faits aux tribunaux ? Pourquoi vont-ils jusqu'à reconnaître, comme nous l'avons vu, qu'une cour « peut dénier, par suite d'une appréciation souveraine des cir-

constances de la cause, la qualification de domicile conjugal » à un logement (1).

Il faut remarquer tout de suite, que l'arrêt du 23 mars 1865 ne pose pas que le Juge du fait procède sans contrôle à sa qualification : « Attendu, dit-il, que s'il avait été prétendu au procès qu'il existait deux appartements..., l'arrêt attaqué, par une appréciation de fait qui échappe au contrôle de la Cour, déclare... que les deux appartements... ne forment en réalité qu'un même et unique appartement. Attendu que cette demeure était bien, dans ces conditions, le domicile et l'habitation principale de B... » Il reconnaît donc au Juge du fait le droit souverain de constater qu'il n'y a qu'un appartement, mais le contrôle de la Cour suprême réapparaît lorsque l'arrêt déduit, de cette constatation, que la demeure en cause était le domicile du mari, c'est-à-dire « qualifie » cette résidence de domicile conjugal.

D'autre part, si on examine de près l'arrêt Dutertre du 7 juin 1861, on constate que ce n'est qu'après avoir rappelé tous les faits, tels qu'ils ressortent de l'énoncé souverain de l'arrêt attaqué, que la Chambre criminelle conclut en disant que « ces considérations constituent... des motifs suffisants pour justifier l'arrêt attaqué, puisqu'ils ont pour effet : En fait, de dénier, par suite d'une appréciation souveraine des circonstances de la cause, la qualification de domicile conjugal au logement... » La Cour suprême accepte donc les faits de la cause tels que l'arrêt attaqué les a constatés souverainement, mais elle exerce son contrôle (« ces considérations constituent des motifs suffisants ») sur la conséquence qu'il en tire de qualifier le logement en cause de domicile conjugal.

(1) Voir plus haut : *Crim.*, 7 juillet 1861. Dutertre.

Ainsi donc, ces deux arrêts de la Chambre criminelle ne rejettent pas — comme il pouvait sembler de prime abord — le contrôle de la Cour suprême sur la qualification des faits par les tribunaux. C'est là une application du rôle reconnu généralement à la Cour de cassation. Et la plupart des décisions sont dans ce sens :

C'est le cas, notamment, de l'arrêt du 10 juin 1880, dans lequel la Chambre criminelle s'exprime ainsi :

« Attendu qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué et par le jugement dont il a adopté les motifs, que la dite chambre était le domicile conjugal de M... (qualification) ; qu'en effet, bien que le bail de ce logement ait été fait sous un nom supposé, M... en était le seul et véritable locataire ; qu'il... (ensemble de faits posés souverainement par l'arrêt, et qui lui permet, sous le contrôle de la Cour suprême, de qualifier la chambre de domicile conjugal).

C'est le cas, aussi, d'un arrêt de la Chambre criminelle, du 12 mai 1934, qui déclare d'une façon précise :

« Attendu que, pour décider que le logement occupé par C... n'était pas le domicile conjugal, l'arrêt attaqué énonce que C... et la femme D... ont reconnu vivre maritalement dans un appartement de deux pièces..., que le bail est au nom de la femme D..., que C... ne possède dans le logement de la dame D... aucune pièce dans laquelle sa femme légitime aurait le droit d'exiger d'être reçue et de vivre avec son mari ; que la preuve d'une simulation n'est pas rapportée et qu'il n'est pas établi que C... ait bien loué l'appartement. »

Ainsi donc, ici encore, l'arrêt attaqué énonce souverainement une série de faits qui lui ont permis de dénier la qualification de domicile conjugal au logement.

Remarquons l'appréciation de la Cour, que nous avons

citée à dessein : « que C... ne possède dans le logement aucune pièce dans laquelle sa femme légitime aurait le droit d'exiger d'être reçue et de vivre avec son mari ».

Cette appréciation doit certainement être considérée comme souveraine, mais il ne faut pas se dissimuler que reconnaître un tel pouvoir au Juge du fait, c'est lui permettre de qualifier indirectement un logement de domicile conjugal : dire, en effet, que ce logement est (ou n'est pas) tel que la femme peut exiger d'y être reçue, cela revient à appliquer à ce logement la définition du domicile conjugal, c'est-à-dire à le qualifier de maison commune.

On ne doit pas perdre de vue, en ces sortes de procès, qu'il n'est pas toujours facile de distinguer parfaitement, dans les décisions contre lesquelles il y a pourvoi, où finit l'appréciation du fait et où commence l'appréciation du droit. Il arrive donc que les termes dans lesquels sont mentionnées les circonstances de la cause, déterminent souvent la Cour de cassation à prononcer ou non le rejet.

Et c'est, sans doute, ce qui peut expliquer l'arrêt précité de la Chambre des requêtes, du 28 novembre 1859, qui déclare inattaquable devant la Cour de cassation « la déclaration des juges qu'il résulte des documents de la cause que le mari a tenu sa concubine dans la maison commune ».

Une telle formule laisse cependant une incertitude dans l'esprit : le Juge a-t-il voulu dire qu'en fait l'adultère a eu lieu dans la maison qui, de l'aveu des époux, est le lieu où se trouve leur habitation commune, ou a-t-il voulu décider que le caractère de maison commune devait être attribué au lieu auquel le mari déniait expressément cette qualification ? Dans le premier cas, la déclaration des juges est sans doute inattaquable. Mais, dans le second, com-

ment admettre qu'ils puissent, à l'aide de la formule générale qu'ils ont employée, échapper à la solution des questions que fait naître souvent le sens du terme domicile conjugal. La décision tranche alors certainement une question de qualification légale du lieu où l'adultère aurait été commis, c'est-à-dire une question de droit dont la solution doit être révisée par la Cour de cassation.

Dans l'espèce du 28 novembre 1859, d'ailleurs, il était constant que l'adultère avait été consommé dans un pied-à-terre que le mari avait conservé dans une maison lui appartenant, mais située hors de la commune où résidaient les époux et où la femme n'était jamais venue. Nous avons dit ce qu'il fallait penser, au fond, de la décision qui voit dans ce pied-à-terre le domicile conjugal : il s'agissait d'un pied-à-terre fixe et permanent où la femme légitime avait le droit de se rendre ; le point de droit semble donc exactement résolu.

Mais si l'adultère avait été commis dans des résidences passagères du mari, il ne pourrait être réputé avoir été commis dans la maison commune et il nous paraît difficile d'affranchir du contrôle de la Cour de cassation la décision qui, en présence d'un semblable fait constaté dans les qualités, déclarerait que l'adultère a eu lieu dans la maison commune. Cet arrêt serait peut-être justifié par d'autres faits que ceux qui ont été pris en considération, mais, alors, les juges auraient eu le tort de ne pas s'en expliquer et leur décision serait nulle pour défaut de motifs.

Que conclure, en matière de domicile conjugal, sur les

pouvoirs des juges du fait et le contrôle de la Cour de cassation ?

Pour nous, nous ne voulons voir faire, en cette matière, qu'une application des principes généraux :

Toutes les questions de *droit* sont soumises au contrôle de la Cour suprême.

Les questions de *fait* se rencontrent lorsqu'il faut dire si une résidence du mari ou si le logement de la concubine par sa dépendance de celui du mari, ou en dépit d'une simulation, sont ou ne sont pas domicile conjugal. La constatation de ces faits par le juge est souveraine.

La *qualification* de domicile conjugal donnée à un logement est une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation.

Mais il se peut que l'appréciation des faits laissée souverainement aux tribunaux aboutisse, en réalité, à une qualification. Il ne faut pas, alors, se dissimuler l'influence considérable que peuvent exercer sur le sort du pourvoi les termes dans lesquels le fait est énoncé dans la décision attaquée.

Il nous semble par conséquent — et sous cette dernière réserve — qu'on peut poser, *en principe, que la détermination du domicile conjugal est soumise au contrôle de la Cour de cassation.*

CONCLUSION

Nous venons de dégager les solutions données par la jurisprudence et la doctrine françaises à propos de la notion de domicile conjugal dans l'entretien de concubine.

Au terme de notre étude, nous arrivons aux conclusions suivantes :

— Il y a maison conjugale partout où le mari occupe, pour son propre compte (la preuve d'une simulation étant possible lorsque le loyer est au nom de la concubine), un logement tel que la femme légitime a le droit de s'y rendre (c'est-à-dire fixe).

— Et cette affirmation est valable tant qu'il n'y a pas eu de séparation de corps ou de divorce prononcé entre les époux.

Dans la quatrième partie, en prenant pour base les résultats de cette étude et en envisageant l'ensemble de la question du délit d'adultère, nous dirons ce qu'il faut penser de la différence établie par le Code pénal entre le mari et l'épouse qui ont manqué à leur devoir de fidélité conjugale.

Mais il est nécessaire, pour se livrer en pleine connaissance de cause à cet examen critique de notre Droit, d'examiner préalablement les solutions adoptées par les pays étrangers dans leur législation pénale de l'adultère.

TROISIÈME PARTIE

L'adultère comparé du mari et de la femme dans les législations étrangères

De même que ce n'est pas pour faire œuvre de pure histoire que nous avons retracé l'historique de la répression de l'adultère, de même, il ne s'agit pas ici, uniquement, d'exposer les systèmes législatifs étrangers, relatifs à l'adultère, dans un but de pure connaissance, mais bien plutôt en vue d'en tirer des enseignements utiles pour une réforme possible de notre législation.

***

Lorsqu'on considère les Droits étrangers, relativement à l'adultère, on est amené à faire quatre observations :

— *a*) Il est des pays où l'adultère est inconnu, et il faut voir là une conséquence de leur conception de la famille. Certains en font une cause de séparation de corps ou de divorce, mais ne le répriment pas pénalement. D'autres, enfin, en font tout à la fois une cause de rupture du lien conjugal et un délit.

— *b*) Lorsque l'adultère est prévu par la loi, le traitement peut être égal ou inégal entre les deux sexes.

— *c*) Lorsque l'adultère est à la fois une cause de divorce et un délit, l'action civile et l'action pénale peuvent être permises toutes les deux, ou bien un choix est imposé entre elles, ou, enfin, les poursuites peuvent être conditionnées par la prononciation du divorce.

Il y aurait là une question intéressante à étudier : la recherche des mérites respectifs de chacun de ces systèmes. Mais elle sort de notre cadre et nous nous contenterons de la signaler.

— *d*) Enfin — question plus particulière — le domicile conjugal, dans les différentes législations, peut être considéré soit comme un élément constitutif du délit d'adultère, soit comme une circonstance aggravante.

Nous ne nous proposons pas, dans cette partie, de discuter la valeur des systèmes que nous rapportons ; nous le ferons dans la quatrième partie ; nous voulons seulement mettre sous les yeux un large tableau du Droit étranger relatif à l'adultère.

Nous le ferons d'après le plan suivant :

— *a*) Législations ne connaissant pas l'adultère;

— *b*) Législations ne sanctionnant l'adultère que civilement;

— *c*) Législations sanctionnant l'adultère civilement et pénalement.

Section 1re. — LEGISLATIONS NE CONNAISSANT PAS L'ADULTERE

On sera assez surpris de rencontrer, sous cette rubrique, deux pays aussi éloignés l'un de l'autre par les mœurs, les

coutumes et les tendances de la législation que la Russie soviétique et la Grande-Bretagne.

§ 1er. — L'Union des Républiques socialistes soviétiques

L'ignorance de l'adultère par la loi russe est une conséquence de la conception de la famille et de l'union de l'homme et de la femme en U. R. S. S.

C'est une notion bien mal définie, bien fragile, presque insaisissable, que la notion du mariage dans le Droit soviétique. Le Code de 1918 en avait fait un contrat civil solennel « conclu par devant les fonctionnaires de l'Etat ». Le Code de 1927, au contraire, admet, à côté de l'union enregistrée, l'union de fait, ressortant, suivant l'appréciation des tribunaux, des circonstances de la cause. Il n'en résulte, entre les époux, aucune obligation de fidélité réciproque, ni aucune obligation de vie commune dans le domicile conjugal.

Dans une telle législation, dont les conséquences, de l'aveu même de l'organe officiel du Parti communiste, aboutissent parfois à la polygamie et à la polyandrie, on conçoit que, dans ces conditions « d'anarchie sexuelle », il n'y ait pas place pour la notion d'adultère ; et l'évolution qu'on constate, depuis quelques années, dans le Droit soviétique, pour revenir vers une conception plus traditionnelle de la famille, n'a rien changé en notre matière.

§ 2e. — La Grande-Bretagne

Il est beaucoup plus étonnant de constater le défaut de sanction de l'adultère dans le Droit anglais.

C'est d'ailleurs là un fait assez nouveau. Car si, au point

de vue pénal, l'absence de répression est dans la tradition anglo-saxonne, c'est seulement depuis la loi du 24 juillet 1937 sur le divorce que l'adultère n'est plus une cause de divorce (1).

Jusqu'en 1935, le mari pouvait demander le divorce ou la séparation de corps pour adultère de sa femme ; mais celle-ci ne pouvait les demander pour la même cause que si l'adultère du mari était accompagné de circonstances aggravantes : sévices, inceste, bigamie ou abandon.

Depuis 1935, et jusqu'à 1937, la femme pouvait demander le divorce pour adultère de son mari ou pour délit contre nature. L'inégalité était donc retournée, c'était alors le mari qui était désavantagé. La loi de 1937 a supprimé toute sanction civile de l'adultère : celui-ci en effet ne figure pas au nombre des causes de divorce.

Section 2e. — LEGISLATIONS NE SANCTIONNANT L'ADULTERE QUE CIVILEMENT

Nous venons de parler de la tradition anglo-saxonne contraire à la répression pénale de l'infidélité conjugale. La plupart des pays anglo-saxons, en effet, en font uniquement une cause de divorce ou de séparation de corps. C'est le cas des dépendances de la Grande-Bretagne ; c'est celui des Etats-Unis d'Amérique. C'est aussi celui de pays comme l'Espagne, la Pologne et le Danemark, qui ont réformé récemment leurs codes pénaux.

Certaines de ces législations établissent l'égalité entre les époux, d'autres font une situation favorable à l'homme.

---

(1) Voir Ancel, *La condition de la femme dans la société contemporaine ;* 1938.

§ 1er. — Pays d'inégalité

a) En *Australie,* chaque Etat a ses lois particulières, mais partout le divorce peut être réclamé :

— par le mari, pour adultère de son épouse ;

— par la femme, pour acte répété d'adultère du mari, ou s'il est prouvé que l'acte a eu lieu au domicile conjugal ou qu'il y a des circonstances aggravantes telles que : inceste, bigamie, rapt, cruauté, etc...

En pratique, cependant, lorsqu'un seul acte d'adultère est prouvé, les tribunaux en déduisent volontiers un acte répété, d'après les circonstances de la cause ; ce qui rapproche sensiblement la condition des époux.

b) Au *Canada,* la province « française » de *Québec* a conservé le Droit de notre pays : c'est ainsi que la séparation de corps peut y être prononcée en vertu des articles 187 et 188 du Code civil qui sont la reproduction des articles 229 et 230 du Code Napoléon.

§ 2e. — Pays d'égalité

a) Le reste des dépendances britanniques connaît l'égalité civile des époux au regard de l'infidélité.

C'est ainsi que les *provinces « anglaises » du Canada* connaissent cette égalité pour la prononciation du divorce ou de la séparation de corps ; que *l'Union Sud-Africaine et l'Ecosse* la connaissent pour le divorce ; et que le « Divorce and matrimonial causes act », de 1918, la proclame en *Nouvelle-Zélande,* pour le divorce et la séparation de corps.

b) L'égalité entre les époux existe aussi, dans tous les Etats, au point de vue du divorce et de la séparation de corps, dans la *République des Etats-Unis d'Amérique.*

c) Elle est installée, enfin, dans quelques codes européens modernes :

— le code civil *espagnol,* modifié sous la République, pose en principe la fidélité mutuelle des époux (article 56) et il établit l'égalité des deux sexes en matière de divorce pour cause d'adultère. — Le Code pénal de 1870 (article 358) punissait l'adultère de la femme et l'entretien de concubine au domicile conjugal ou en dehors avec scandale. Mais le nouveau code pénal de 1932 a supprimé le délit d'adultère, ainsi que l'excuse en faveur du seul mari meurtrier de sa femme, surprise en flagrant délit ou de son complice.

— Le code pénal *polonais* de 1932 ne punit pas l'adultère, mais il y a égalité de causes entre les époux pour demander le divorce.

— De même, et à la différence des autres législations de la Scandinavie, le code *danois* de 1933 ne réprime pas l'adultère, qui est une cause égale de divorce pour les deux époux.

§ 3e. — L'Iran

Il faut signaler la situation un peu spéciale de l'Iran.

L'obligation de fidélité, prévue par la loi, pèse, implicitement, plus lourdement sur la femme que sur l'homme, puisque celui-ci a le droit d'avoir plusieurs épouses, tandis que la femme ne peut avoir qu'un seul mari.

Et, cependant, le Code pénal iranien de 1926, modifié en 1933, punit l'adultère de la femme dans les mêmes conditions que celui de l'homme (article 212), mais l'article 179 accorde l'impunité au mari « qui a surpris sa femme se trouvant avec un tiers dans un même lit ou dans un état similaire » et qui a tué l'un ou l'autre, mais ne l'accorde pas à la femme.

SECTION 3e. — LEGISLATIONS SANCTIONNANT L'ADULTERE CIVILEMENT ET PENALEMENT

Le groupe le plus important est certainement celui des pays qui répriment l'adultère pénalement et civilement. Certains ont établi l'égalité complète entre les époux ; d'autres, en reconnaissant l'égalité civile, punissent différemment le délit d'adultère ; d'autres enfin ne connaissent l'égalité ni en matière civile ni en matière pénale. — Certains subordonnent la poursuite légale à la prononciation du divorce et de la séparation de corps ou imposent un choix entre elles, d'autres font du domicile conjugal une circonstance aggravante : nous les rencontrerons au passage.

§ 1er. — PAYS D'ÉGALITÉ COMPLÈTE

a) Le projet de code pénal national-socialiste de 1933 n'est pas encore en vigueur en *Allemagne,* où s'applique toujours le code pénal de 1870 qui punit de six mois de prison au plus l'époux adultère, quel qu'il soit, mais seulement après la prononciation du divorce.

L'article 1565 du code civil de 1896-1900 n'établit pas de différence entre les époux qui demandent le divorce pour infidélité.

C'est maintenant au passé, et à la suite de l'Allemagne, qu'il faut parler de l'*Autriche* et de la *Tchécoslovaquie.* Ces pays connaissaient tous les deux l'égalité civile, sauf à l'égard des Juifs, chez qui l'adultère du mari n'est pas une cause de séparation. Le code pénal autrichien de 1852, appliqué en Bohême et en Moravie, et dont les dispositions avaient été reprises, pour la Russie subcarpathique et la

Slovaquie, par le code pénal de 1878, punissait également les époux coupables de six mois de prison, mais établissait une aggravation au cas où des doutes pouvaient résulter de la faute sur la filiation de l'enfant dont la femme serait éventuellement enceinte.

Le code pénal autrichien de 1852 est appliqué dans le *Liechtenstein.*

b) C'est l'égalité absolument complète qui règne en *Hongrie,* en matière d'adultère. Mais la poursuite pénale est conditionnée par la prononciation du divorce ou de la séparation de corps.

c) Elle règne aussi dans les pays *baltes :* Estonie, Lettonie, Lithuanie, héritiers de l'ancienne législation russe, notamment pénale.

d) L'égalité civile et pénale de la fidélité a été établie par des articles des codes récents du *Mexique :* l'article 266 du code civil de 1928-35 et l'article 273 du Code pénal de 1929-31, qui fait seulement un délit de l'adultère consommé au domicile conjugal avec scandale et le punit de deux ans de prison et de la privation des droits civils pour six ans.

e) Nous avons vu que le code pénal danois ne punissait pas l'adultère ; tous les autres *pays scandinaves :* Finlande, Islande, Norvège, Suède, etc... le sanctionnent, également pour les époux, civilement et pénalement.

Il en est de même des *Pays-Bas* et de la *Suisse;* l'article 137 du Code civil y établit l'égalité en matière civile ; en matière répressive, le code pénal fédéral du 21 décembre 1937 a adopté le point de vue d'un grand nombre de cantons en réprimant l'adultère (contrairement à l'ancienne loi du canton de Genève) d'emprisonnement ou d'amende; l'égalité entre époux est établie, mais la poursuite pénale

est conditionnée, ici encore, par la prononciation du divorce ou de la séparation de corps.

f) Enfin, la jeune *Chine* connaît aussi l'égalité complète entre les époux infidèles :

— le nouveau code civil proclame l'égalité complète pour les époux et le divorce et la séparation de corps peuvent être prononcés pour « relations sexuelles avec une autre personne » que le conjoint.

— en matière pénale, le code de 1928 ne punissait que l'adultère de la femme. Au cours des discussions sur la révision du code criminel, l'assemblée du Yuan législatif avait décidé de maintenir le texte du code de 1928, mais les sociétés féminines invoquèrent l'article 6 de la Constitution de 1931 : « Les citoyens de la République chinoise, sans distinctions de sexe, de race, de religion et de classe, sont égaux devant la loi ». (Quel progrès sur la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen !). Elles firent valoir également le principe du parti Kuomintang et protestèrent énergiquement contre cette législation. En fin de compte, le nouvel article 239 du code de 1935 assimile entièrement l'adultère du mari à celui de la femme et le punit d'un an de prison au maximum.

§ 2e. — Pays ou il y a un décalage entre la législation civile et la législation pénale

Dans ce groupe, l'égalité civile existe, mais il y a deux délits distincts : celui de la femme et celui de l'homme.

a) Il y a, d'abord, des pays de race latine qui se sont dégagés de l'influence romaine que reflétaient leurs codes civils, mais ont laissé subsister dans leurs codes pénaux la distinction entre époux :

— c'est le cas de la *France.*

— c'est le cas de la *Belgique,* où la loi du 20 mars 1927 a supprimé l'article 230 du Code Napoléon, mais l'article 389 du code pénal subit seulement, à l'encontre du mari, l'entretien de concubine au domicile conjugal d'un mois à un an de prison, alors que l'adultère de la femme est puni de trois mois à deux ans d'emprisonnement (article 387). Cependant, l'article 413 excuse le meurtre de l'époux ou du complice surpris en flagrant délit, que le coupable soit un homme ou une femme.

— c'est le cas du *Portugal,* où l'égalité civile existe depuis 1910. Depuis cette date, il y a aussi égalité de peines : six mois de prison correctionnelle, mais le mari n'est puni que pour entretien de concubine au domicile conjugal. Il y a dans cette législation une particularité à signaler : le conjoint offensé doit choisir entre l'action criminelle et le divorce (la première est rare).

— c'est le cas, enfin, de l'*Albanie* qui, ayant conservé un code pénal semblable à celui de l'Italie, c'est-à-dire consacrant l'inégalité des deux époux, a adopté, dans son code civil, un article 203 semblable à l'article 1379 du code suisse, qui établit leur égalité civile. Il ne semble pas, jusqu'à présent, que l'annexion italienne de l'Albanie doive être suivie d'une modification de la législation de ce pays.

b) Ce décalage des législations civile et pénale se retrouve aussi dans certains pays de l'Amérique, par opposition au Droit de la plupart des pays de l'Amérique latine.

— C'est le cas du *Guatemala,* dont le code civil (article 124), depuis 1933, admet l'égalité des infidélités masculine et féminine, tandis que le code pénal punit seulement l'entretien de concubine au domicile conjugal de six mois de prison et d'un emprisonnement de quatre ans l'adultère de la femme.

— c'est le cas du *Pérou :* le mari et la femme peuvent y demander au même titre le divorce ou la séparation de corps pour adultère ; mais, au point de vue pénal, tandis que la femme est punie de deux ans de prison pour infidélité, le mari est puni de deux ans de prison dans le cas seul où il est surpris en flagrant délit au domicile conjugal; sinon, il n'encourt qu'un an d'emprisonnement. Nous trouvons ici le domicile conjugal comme circonstance aggravante. Il y a, cependant, égalité entre les époux, en cas de meurtre ou de blessure du conjoint ou du complice surpris en flagrant délit ; l'époux coupable encourt trois ans de prison pour meurtre (article 234) et quatre mois pour lésion grave (article 235).

— c'est le cas de la *République dominicaine :* l'article 2 de la loi 843 sur le divorce établit l'égalité civile ; d'autre part, le code pénal est le même que le nôtre.

— c'est le cas de la *République Argentine :* l'article 204 du code civil établit l'égalité civile, mais l'article 118 du code pénal de 1921 punit d'un mois de prison la femme qui a commis l'adultère et le mari qui entretient une maîtresse dans la maison conjugale ou en dehors. Ajoutons que le projet de nouveau code pénal de 1936 ne prévoit aucune répression de l'adultère.

c) Le décalage des législations civile et pénale se retrouve, enfin, dans le Droit de la *Turquie;* car si l'article 129 du code civil établit l'égalité à l'égard du divorce, l'article 440 du code pénal punit de trois à quarante mois de prison l'adultère de la femme et l'article 441 punit de la même peine le mari « s'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale ou même ailleurs si le fait est notoire ».

§ 3°. — Pays d'inégalité complète

Dans ce groupe, ni la législation civile, ni la législation pénale ne consacrent l'égalité des deux époux, vis-à-vis de l'adultère.

a) On y trouve, d'abord, l'*Italie*, pays de race latine, soumis à l'influence du Droit romain.

L'adultère de la femme y est, à lui seul, une juste cause de séparation, mais l'action de la femme pour infidélité du mari n'est admise que s'il entretient une concubine au domicile conjugal ou notoirement dans un autre lieu, ou s'il résulte d'autres circonstances que ce fait constitue une injure grave pour la femme (article 150 du Code civil).

Le code pénal promulgué en 1931 par le gouvernement fasciste prévoit l'adultère dans ses articles 559 et 560 :

Article 559. — Adultère.

La femme adultère est punie de la réclusion jusqu'à un an... La peine est de la réclusion jusqu'à deux ans dans le cas de relations adultères.

Article 560. — Concubinage.

Le mari qui entretient une concubine dans la maison conjugale ou ailleurs d'une manière notoire est puni de la réclusion jusqu'à deux ans.

On voit que le législateur italien distingue, pour la femme, « l'adultère » et les « relations adultères ». Un rapport du Ministère de la Justice déclare, à ce sujet, que « les relations adultères constituent un délit unique et non un délit continu ». On sait que le délit continu suppose une action unique qui se prolonge. Faut-il alors considérer les relations adultères comme un délit d'habitude, lequel consiste dans la succession de plusieurs actes ? La

situation est curieuse : car le délit d'habitude résulte, en général, de la commission de plusieurs faits, dont chacun, pris isolément, ne tomberait pas sous le coup de la loi. Ici, au contraire, un seul fait d'adultère est puni d'une peine pouvant aller jusqu'à un an de réclusion et lorsque le délit devient habituel, lorsqu'il est possible de le qualifier de « relations adultères », il peut être puni de deux ans de réclusion, c'est-à-dire de la pénalité qui frappe l'entretien de concubine du mari, véritable délit d'habitude.

b) Très proche de l'égalité, la législation de la Principauté de *Monaco* prévoit, comme cause de divorce, après modification du code civil français, en 1907 : l'adultère de la femme et celui du mari, commis au domicile conjugal ou s'il constitue un manquement grave aux devoirs respectifs des époux ; et de là il résulte que la faute du mari est sanctionnée aussi efficacement que celle de la femme. Au point de vue pénal, l'adultère simple de l'homme et de la femme est puni d'amende seulement. Mais celle de la femme est de deux cents à cinq mille francs, tandis que celle du mari va de cent à deux mille francs (Ordonnance du 6 juin 1906).

c) L'inégalité complète dans la sanction de l'infidélité conjugale se retrouve dans le Droit de nombreux pays de l'*Amérique latine :*

— c'est le cas du *Chili,* dont le code civil accorde la séparation de corps pour adultère de la femme uniquement et dont le code pénal punit l'adultère de la femme et l'entretien d'une maîtresse dans la maison conjugale ou en dehors de celle-ci avec scandale et concubinage (lequel est un délit). Il exempte, d'autre part, seul, de responsabilité criminelle, « le mari qui, surprenant sa femme en flagrant délit d'adultère, donne la mort, blesse ou maltraite celle-ci

ou son complice, à moins que la mauvaise conduite du mari ne rende excusable la faute de la femme ».

— c'est le cas de la *Colombie,* qui compte au nombre des causes de séparation de corps : l'adultère de la femme et le concubinage du mari, et dont le code pénal rappelle le Droit de Justinien :

Article 712 : « La femme mariée ayant commis un adultère sera passible de réclusion pendant la période de temps requise par le mari, à condition que cette période de temps n'excède pas quatre années. Si le mari décède sans avoir sollicité la liberté de la femme et s'il reste plus d'une année pour que la peine soit achevée, la femme demeurera en réclusion une année après la mort du mari; s'il reste moins d'une année, jusqu'à la fin de la période à laquelle elle avait été condamnée ».

Le mari, meurtrier de sa femme surprise en flagrant délit, est absous.

— c'est le cas de *Costa-Rica :* l'adultère simple de la femme est une cause de divorce et de séparation, ainsi que le concubinage scandaleux du mari (article 80 du code civil), c'est-à-dire lorsque la liaison est notoire ou qu'elle peut être considérée comme fournissant un mauvais exemple. — Au point de vue pénal, l'adultère de la femme est puni de prison au 1er ou au 2e degré (1) ; l'adultère du mari est punissable seulement s'il a un caractère scandaleux, et il faut entendre par là que le mari doit entretenir sa complice dans la maison conjugale ou en dehors, mais au su de tout le monde ; la peine est alors la prison du 1er degré ou l'amende (articles 270 et 277).

Le mari est exempté de responsabilité en cas de meurtre

(1) 1er degré : 6 à 9 ans ; 2e degré : 9 à 12 ans.

ou de blessures sur la femme ou le complice surpris en flagrant délit, sauf si la faute de la femme était excusable par la conduite du mari, qui manquait à l'accomplissement de ses devoirs conjugaux. La femme de conduite irréprochable se trouve dans les mêmes conditions d'excuse légale, mais seulement si elle surprend son mari en flagrant délit dans le domicile conjugal ou en n'importe quel endroit où résiderait le ménage.

— c'est le cas de *Cuba,* en ce qui concerne, tout au moins, la séparation de corps (car il y a égalité, depuis 1918, pour le divorce) : l'adultère de la femme est une cause de séparation dans tous les cas, l'adultère du mari, seulement s'il en résulte un scandale public ou s'il constitue une injure faite à la femme (article 56 du code civil de 1889). Au point de vue pénal, le code de 1879 (1) punit l'adultère féminin de prison, ainsi que l'entretien de concubine, même loin du domicile conjugal. Il y a une excuse atténuante en cas de meurtre des coupables pris en flagrant délit.

— c'est le cas de l'*Equateur :* nous trouvons ici, en matière civile, une particularité : l'adultère de la femme entraîne le divorce, celui du mari entraîne seulement la séparation de corps. Au point de vue pénal, l'article 479 du code du 22 mai 1938 punit de six mois à deux ans de prison l'adultère de la femme et l'entretien d'une maîtresse dans la maison conjugale ou au dehors.

— c'est le cas d'*Haïti,* où les articles 215 et 216 du code civil sont semblables aux articles 229 et 230 du Code Napoléon et où la substance de l'article 298 de ce Code a été reprise : en cas de divorce pour cause d'adultère de la

(1) L'entrée en vigueur du Code de la défense sociale, du 4 avril 1936, qui doit le remplacer, a été ajournée par une loi du 7 octobre 1936.

femme, elle sera condamnée à un emprisonnement de trois mois à un an. Le mari infidèle n'est astreint à aucune peine.

Le meurtre commis par l'époux sur son épouse ou son complice surpris en flagrant délit dans la maison conjugale est excusable (c'est l'article 324, parag. 2, de notre code pénal).

— c'est le cas du *Honduras :* au nombre des causes de divorce sont l'adultère de la femme et le concubinage du mari avec scandale public ou avec abandon ou avec des actes injurieux pour la femme. L'adultère féminin est puni plus sévèrement que celui du mari, qui ne tombe sous le coup de la loi qu'en cas de scandale public ou de commission au domicile conjugal.

En cas de meurtre ou de voies de fait sur la femme ou le complice, surpris en flagrant délit, il n'y a pas de responsabilité pour le mari, sauf dans le cas où la faute de la femme serait rendue excusable par la conduite du mari.

— c'est le cas du *Nicaragua,* où sont des causes de divorce l'adultère de la femme et le concubinage du mari dans le domicile conjugal ou notoirement dans un autre endroit, ou lorsque, par suite des circonstances, il constitue une injure grave envers la femme (article 161 du code civil). Au point de vue pénal, l'adultère féminin est puni d'un emprisonnement du 1er degré (article 417 du code pénal), l'entretien de concubine dans la maison conjugale de prison du 2e degré, en dehors de cette maison conjugale, publiquement ou avec scandale, de prison du 1er degré (article 424). La commission au domicile conjugal est donc considérée comme délit aggravé.

— c'est le cas de *Panama* où l'adultère de la femme et le « concubinat scandaleux » sont des causes de divorce

et de séparation de corps. Au pénal, la femme est punie d'un à deux ans de prison, le mari seulement de un à deux mois et dans le cas seul où l'infidélité est commise au domicile conjugal ou avec scandale public (articles 301 et 302 du code pénal).

— c'est le cas de *Salvador* qui admet, comme cause de divorce ou de séparation de corps, le simple adultère de la femme et l'adultère du mari scandaleux ou accompagné d'abandon de la femme. De plus, l'article 387 du code punit la faute de l'épouse de trois ans de prison majeure et l'entretien de concubine dans la maison conjugale ou au dehors avec scandale est puni seulement de deux ans de prison mineure (article 390).

— c'est le cas, enfin, du *Vénézuela* : l'adultère de la femme et l'entretien de concubine au domicile ou de façon notoire dans un autre lieu, ou encore s'il existe un concours de circonstances qui constituent une injure grave pour la femme (article 189 du code civil) sont des causes de divorce ou de séparation de corps. De même, en matière pénale, seul l'entretien de concubine est puni vis-à-vis du mari, alors que l'on réprime l'adultère simple de la femme.

On voit donc que les Droits des pays de l'Amérique latine ont de nombreux points de contact entre eux, en cette matière.

d) L'inégalité complète des époux en fait d'adultère se retrouve en *Luxembourg* (où l'on connaît encore les articles 229 et 230 du Code Napoléon).

e) On la retrouve aussi en *Grèce* où l'adultère de la femme est une cause péremptoire de divorce, alors qu'à l'égard de celui du mari les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation. (Loi 2228, de 1920, art. 2). (1).

(1) Le projet de code civil n'établit aucune distinction entre les époux.

Au point de vue pénal, les éléments constitutifs du délit sont les mêmes pour les deux sexes, mais la femme coupable est punie de trois mois à deux ans de prison, tandis que le mari n'encourt qu'un maximum de six mois. Le projet de code pénal de 1935 établit la même peine pour les deux époux : jusqu'à deux ans de prison. On voit donc que la Grèce, dont le Droit est déjà proche de l'égalité, la consacrera dans peu de temps.

f) *En Egypte,* le mari peut répudier sa femme pour infidélité ; l'épouse peut divorcer pour la même cause, si le droit lui en a été réservé dans le contrat de mariage. Au point de vue pénal, les textes sont, à quelque chose près, ceux de la France.

g) Il faut, enfin, classer dans ce groupe, le *Japon,* dont la législation n'est pas si avancée, sur ce point, que celle de la Chine : le fait d'avoir commis un adultère suffit pour entraîner le divorce contre la femme ; le mari doit, pour que son épouse puisse l'invoquer contre lui, avoir été puni pour attentat aux mœurs ou adultère. Or, il ne peut l'être pour ce dernier motif que si sa partenaire est mariée. La femme, au contraire, est punie de travaux forcés pendant deux ans au minimum (parag. 183 du code pénal).

CONCLUSION

Ce tableau bien incomplet et si largement brossé du Droit de l'adultère dans le monde nous montre :

a) *Au point de vue statique,* la diversité qui règne dans les législations, l'infime proportion des pays ne sanctionnant pas du tout l'adultère, et le petit nombre de ceux qui ne le punissent pas pénalement.

b) *Au point de vue dynamique,* que l'évolution se fait vers l'égalité, surtout civile. Nous n'avons pas vu un pays revenir de l'égalité vers l'inégalité ; c'est le mouvement inverse qui anime le Droit moderne.

Ce nous sont là de précieuses indications pour aborder la critique de notre propre système législatif.

QUATRIÈME PARTIE

Critique de notre législation pénale actuelle relative à l'adultère

Nous avons donc, après avoir recherché les précédents historiques, étudié notre régime pénal actuel de l'adultère. L'examen du Droit des pays étrangers nous a permis, d'autre part, de faire la comparaison avec le nôtre. Et nous sommes, maintenant, en mesure de porter une appréciation sur l'article 339 de notre Code pénal, interprété comme nous l'avons dit par la jurisprudence et la doctrine.

***

Nous avons fait, dans chacun des chapitres de son étude, des constatations qui nous ont choqués.

Nous avons vu, d'abord, à quelles hésitations et à quelles discussions peut donner lieu le fait de dire si une résidence peut ou non être considérée comme domicile conjugal — avec, pour conséquence, le caractère incertain du pouvoir d'appréciation des tribunaux, en cette matière.

Cette incertitude et cette difficulté de décision ne sont rien : elles apparaissent toutes les fois qu'il s'agit d'inter-

prêter un texte peu explicite. Mais, nous nous sommes trouvés parfois en face de conséquences — logiques, certes, et déduites avec raison par la jurisprudence — mais dont l'injustice a quelque chose de choquant. « Vérité en deçà, erreur au-delà des Pyrénées », disait Pascal. On pourrait ajouter : Justice aujourd'hui, iniquité demain. Mais il est bien certain que ces conclusions, tirées logiquement de prémisses légales, choquent, par ailleurs, le sentiment de justice et l'idée de morale de la Société actuelle.

Nous avons vu, ainsi, le mari entretenant une concubine chez lui tomber sous le coup de la loi. Mais celui qui est entretenu chez sa maîtresse n'encourt aucune peine.

Nous avons vu, de même, que le mari n'est plus punissable après la séparation de corps, alors que la femme est toujours l'objet de la répression pénale, en cas d'adultère.

Il y a là deux affirmations qui nous choquent et, pourtant, l'une et l'autre sont le résultat d'un raisonnement déductif dont le premier terme est le mot « domicile conjugal ». Le mari, en effet, n'est punissable qu'au domicile conjugal. Or, d'une part, le logement de la concubine n'est pas le domicile conjugal ; d'autre part, celui-ci n'existe plus après la séparation de corps.

Conclusions logiques, donc, mais choquantes. Comment expliquer, alors, que l'article 339 n'ait pas été modifié depuis sa rédaction ? Comment expliquer qu'il ait survécu à la réforme législative de 1884 qui assimila, au point de vue civil, l'adultère de la femme et celui du mari ?

Y a-t-il donc un intérêt spécial à maintenir entre eux une différence au point de vue pénal ?

***

Répondre à cette interrogation revient à se poser deux questions nouvelles :

— d'abord, à quel intérêt répondait la rédaction de l'article 339 du Code pénal, en 1810 ?

— ensuite, cet intérêt existe-t-il encore aujourd'hui ?

Pour donner une réponse à la première question, il est nécessaire de rechercher le fondement de l'article 339 du Code pénal, c'est-à-dire de voir quels intérêts les rédacteurs ont voulu protéger et quelles idées les ont guidés dans leur œuvre. Ceci n'est possible qu'en se reportant aux travaux préparatoires des Codes civil et pénal.

Pour répondre à la seconde question, il faut voir quels arguments on peut apporter, aujourd'hui, en faveur du maintien de l'article 339 du Code pénal et les apprécier.

Il nous sera permis, alors, de conclure sur son maintien, sa modification ou son abrogation.

Ces considérations nous dictent le plan suivant :

Chapitre I. — *Le fondement de l'article* 339 *du Code pénal.*

Chapitre II. — *Les arguments en faveur du maintien de l'article* 339 *et leur valeur.*

Chapitre III. — *Comment envisager une réforme législative ?*

CHAPITRE PREMIER

Le fondement de l'article 339 du Code pénal

Il semble que les rédacteurs aient un peu hésité avant d'établir la différence consacrée par les codes entre les deux époux infidèles.

Certes, lors de la discussion du Code pénal, en 1810, il n'y eut pas grande hésitation. De même, les séances du Corps législatif et du Tribunat, de l'An XI, quand fut présenté le projet de code civil, ne connurent pas de controverses à propos du futur article 230 du Code Napoléon. Mais, dans les séances du Conseil d'Etat même, lorsque le projet fut élaboré, des tâtonnements se manifestèrent.

En effet, l'avant-projet présenté par Portalis, le 14 Vendémiaire An X (1), admettait au nombre des causes déterminées du divorce :

— l'adultère de la femme accompagné de scandale public ou prouvé par des écrits émanés d'elle,

— et l'adultère du mari qui tient sa concubine dans la maison commune,

et nous savons ce que disait Tronchet de cette distinction entre les époux : « Nous l'avons prise des lois romaines » (2).

Mais après discussion entre Lacuée, Régnier et Tronchet, Boulay propose la rédaction suivante : « L'adultère est une cause de divorce », qui est adoptée (2). Aucune différence n'existe donc entre les deux époux.

---

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ;* t. 9, p. 248.

(2) Séance du Conseil d'Etat du 24 Vendémiaire an X. Fenet, t. 9, p 313 et s.

De même, pendant la séance du 16 Nivôse An X (1), Réal déclare que « l'adultère de la femme a des conséquences plus graves que celui du mari, mais la loi, qui ne voit que le crime, doit le punir également dans les deux époux ». Et Bérenger demande pourquoi « l'adultère ne serait puni que dans la femme et pourquoi le mari devrait rester impuni ».

Mais, dans sa séance du 4 Brumaire an X (2), le Conseil d'Etat supprime d'abord l'action de l'épouse, puis l'admet dans le seul cas d'entretien de concubine au domicile conjugal par le mari : il ne devait plus revenir sur sa rédaction jusqu'au 18 Ventôse an XI, date à laquelle le projet fut présenté au Corps législatif. C'est cette rédaction que nous trouvions encore dans notre Code civil en 1884. C'est la même notion qui se trouve dans notre Code pénal.

Quelles idées ont donc guidé les rédacteurs des Codes civil et pénal ? Quelles conceptions ont-ils voulu consacrer en établissant une différence entre l'adultère des deux sexes et en prenant pour base de la distinction l'entretien de concubine au domicile conjugal ?

L'orateur du Gouvernement au cours de la discussion du projet de Code pénal, Faure, nous dit qu'il y en a deux : d'abord, « l'adultère de la femme est un délit plus grand, parce qu'il entraîne des conséquences plus graves et qu'il peut faire entrer dans la famille légitime un enfant qui n'appartient point à celui que la loi regarde comme le

(1) Fenet, t. 9, p. 411.
(2) Fenet, t. 9, p. 351.

père » et, ensuite, « si la femme ne peut porter plainte que lorsque le mari entretient sa concubine dans la maison conjugale, c'est que, dans tout autre cas, les recherches dégénéreront souvent en inquisition, tandis que dans le cas où la concubine a été entretenue dans la maison conjugale, le délit est notoire, et aucune inquisition n'est à craindre » (1).

Ce motif pris de l'inquisition de la femme dans la vie de son mari est certainement, dans l'esprit de Faure, la traduction d'une idée plus générale, celle du respect dû au mari par la femme qui doit s'abstenir de contrôler son époux. — Il y a, en réalité, à côté d'une raison : l'introduction d'enfants adultérins dans la famille légitime, des motifs tirés de la conception que se faisait du mariage le législateur de 1804 et d'autres qui s'expliquent par des souvenirs historiques.

Les discussions au Conseil d'Etat et les rapports au Corps législatif et au Tribunal nous montrent que les rédacteurs des Codes ont voulu se placer au point de vue social : ils concèdent parfois que l'adultère de l'homme est aussi coupable que celui de la femme, mais ils ne veulent considérer que les conséquences de l'un et de l'autre dans la société.

C'est ainsi que Boulay envisage « le crime comme véritablement égal des deux côtés », mais soutient « qu'on ne doit pas rendre l'action aussi facile à la femme qu'au mari, parce que les suites de leur faute ne sont pas aussi dangereuses d'un côté que de l'autre » (2). Et, de même,

---

(1) Séance du Corps législatif du 7 février 1810 ; *Moniteur universel* du 16 février 1810 ; recueil, p. 192 — ou Locré, t. 30, p. 481.
(2) Conseil d'Etat : séance du 24 Vendémiaire an X. Fenet, t. 9, p. 299.

Tronchet, tout en concédant que « l'adultère est de la part des deux époux une infraction égale au mariage », constate « qu'il n'a cependant pas les mêmes conséquences quand il est commis par le mari que quand il est commis par la femme, puisque, dans ce dernier cas, il introduit dans la famille des enfants étrangers » (1).

La même idée est exprimée par Rœderer (2) qui va très loin dans le point de vue purement social qu'il soutient : « Ce n'est pas l'adultère directement que la loi punit, mais seulement l'introduction possible d'enfants étrangers dans la famille, et même l'incertitude que l'adultère laisse à cet égard. Or, l'adultère du mari n'a pas de semblables suites ». Treilhard et Savoye-Rollin, l'un au Corps législatif (3), l'autre au Tribunat (4), soutiennent la même idée. Savoye-Rollin fonde même la limitation du droit d'accusation de la femme au cas d'entretien de concubine au domicile conjugal par l'époux « sur la différence des obligations imposées aux deux sexes par la nature même du contrat », et il conclut, lui aussi, que « la loi ne veut pas méconnaître que la fidélité conjugale ne soit un devoir réciproque, mais les lois ne sont pas des préceptes, elles ne sont que des commandements ». Gillet (5), enfin, flétrit la femme qui trouble par du sang étranger le sang de son époux, qu'elle doit transmettre à ses enfants.

Ainsi donc, à la base de l'article 339 du Code pénal, nous trouvons cette idée de la différence des résultats produits par l'adultère du mari et celui de la femme, différence que

(1) Conseil d'Etat : séance du 14 Vendémiaire an X. Fenet, t. 9, p. 313.
(2) C. E. : S. 4 Brumaire an X. Fenet, 9, 35.
(3) Corps législatif : S. 18 Ventôse an XI. Fenet, 9, 477.
(4) Tribunal : S. 27 Ventôse an XI. Fenet, 9, 502.
(5) Tr. : S. 28 Ventôse an XI. Fenet, 9, 505.

l'on peut faire uniquement si l'on se place délibérément sur le seul plan social.

Nous verrons, d'ailleurs, ce qu'il faut en penser. Mais il convient de remarquer que nous retrouvons là l'idée tant de fois exprimée par les vieux auteurs et reprise même par Montesquieu.

Mais ce n'est pas là le seul souvenir de l'ancien Droit. La conception du mariage et de la famille que nous trouvons dans nos codes n'est pas tellement éloignée de celle de l'ancien Droit et peut-être faut-il voir dans le refus à la femme de l'action contre son mari infidèle une conséquence de la théorie du mari « seigneur et maître ».

Si la rédaction de l'avant-projet du Code civil, qui établissait l'égalité entre les époux, fut modifiée, n'est-ce point, en effet, sur une observation de Defermon demandant que l'adultère du mari ne soit pas une cause de divorce, parce qu'« il est contre les mœurs et contre la décence de permettre à une femme de faire valoir une semblable cause » ? (1). Rœderer croit aussi « qu'il serait contre les bonnes mœurs d'autoriser une femme à se plaindre que son mari la néglige et que ses soins sont pour une concubine » et, reprenant, pour les besoins de la cause, la maxime de l'ancien Droit, il s'écrie : « Tori conjugalis maritus solus vindex » (1).

C'est la vieille idée du mari tout puissant dans le ménage, avec cette conséquence que l'épouse n'a pas de droit de regard sur ses actes. C'est ce qui nous explique la crainte de Faure de voir les poursuites dégénérer en inquisition et son désir de les restreindre au cas d'entretien de concubine au domicile conjugal, « où le délit est notoire ».

---

(1) C. E. Séance du 4 Brumaire an X. Fenet, 9, p. 351.

Monseignat explique cette restriction d'une façon un peu différente, à propos de la compensation des deux adultères : « Dans toute autre circonstance, la loi refuse à l'épouse accusée l'exception d'une récrimination trop souvent incertaine, trop difficile à établir ou dont la preuve doublerait devant les tribunaux le scandale inséparable de ce genre d'accusation ».

Il semblerait, si l'on en croyait cette dernière affirmation, que l'action est refusée à la femme, en dehors de l'entretien de concubine au domicile conjugal, par suite de la difficulté de la preuve. La loi la lui aurait donnée dans tous les cas, si cette difficulté n'existait pas.

Mais il semble, au contraire, d'après l'ensemble des travaux préparatoires, qu'on partait de cette idée que l'action, en règle générale, devait être refusée à la femme, mais qu'on la lui donnait, dans certains cas exceptionnels, pour repousser l'audace scandaleuse du mari. Nous retrouvons ici les idées romaines. Tronchet ne rappelait-il pas la Novelle 22 de Justinien, lorsqu'il disait que « les lois romaines qualifient d'horrible l'introduction de la concubine dans la maison commune, parce que, disent-elles, rien n'exaspère plus l'épouse chaste » ? (1). Et Treilhard parlait de la même façon en déclarant l'adultère susceptible seulement d'être puni « lorsqu'il est accompagné d'un caractère particulier de mépris par l'établissement de la concubine dans la maison commune, outrage si sensible aux femmes vertueuses » (2). C'est la même idée que nous retrouvons dans la bouche de Monseignat, rapporteur au Corps législatif (3) : « Après avoir assuré une garantie

(1) C. E., S. 24 Vendémiaire an X. Fenet, 9, 314.
(2) Corps législatif : S. 18 Ventôse an XI. Fenet, 9, 477.
(3) C. L., S. 17 février 1810 : *Moniteur universel*, 27 février 1810 ; ou Locré, 30, 495.

à l'époux, il était juste de donner à l'épouse délaissée... au moins un moyen pour soustraire à ses regards la présence et le triomphe de sa rivale », dont Emmery (1) disait que « c'est un outrage que la loi ne doit pas forcer l'épouse de dévorer en silence ».

Il ressort donc des travaux préparatoires des articles 230 du Code Napoléon et 339 du Code pénal qu'en leur donnant naissance le législateur a eu trois idées en vue :

Il a voulu traiter différemment l'adultère de l'homme et celui de la femme pour sanctionner la différence de résultat existant entre les deux : l'introduction d'enfants adultérins dans la famille légitime.

Sacrifiant à la vieille conception de la puissance maritale, il n'a pas voulu permettre à la femme légitime d'avoir un droit de regard sur la vie de son mari en lui donnant l'action répressive de l'adultère.

Mais il n'a pas voulu la laisser complètement désarmée devant l'époux qui aurait l'audace de se livrer à la débauche avec une concubine sous les yeux mêmes de son épouse légitime ; faisons l'observation subsidiaire que les rédacteurs ont considéré la preuve de l'adultère du mari comme pouvant être facilement faite dans le seul cas d'entretien de concubine au domicile conjugal.

(1) C. E., S. 16 Nivôse an X. Fenet, 9, p. 411.

CHAPITRE II

Les arguments en faveur du maintien de l'article 339 et leur valeur

De toutes les idées que nous venons de rapporter et qui ont inspiré le législateur, la plupart ont, aujourd'hui, perdu de leur valeur. Le milieu s'est transformé, l'esprit de la législation a changé ; la puissance maritale est déjà une conception lointaine, il n'est plus question de l'omnipotence du mari dans le ménage ; l'épouse même, depuis la loi du 18 février 1938, a la pleine capacité. La femme, de plus en plus, apparaît comme l'égale de l'homme. L'adultère est considéré de plus en plus comme une violation de la foi donnée à son conjoint, aussi répréhensible de la part du mari que de la part de la femme. Depuis 1884, déjà, cette égalité est consacrée par la loi sur le divorce. Mais, en matière pénale, l'article 339, qu'on voulait également retoucher à cette époque, a subsisté et il demeure intact. Il est la survivance, au XXe siècle, d'idées romaines qui se sont perpétuées, et qui, à travers notre ancien Droit, sont venues influencer les rédacteurs des codes.

Comment expliquer son maintien ? Quels arguments peut-on apporter aujourd'hui en faveur de celui-ci et, en face des conséquences inadmissibles de l'article 339 que nous avons rencontrées et qui militent en faveur de sa suppression, que valent ces arguments ?

I. — JUSTIFICATION DE LA SEULE PUNITION DU MARI ENTRETENANT UNE CONCUBINE AU DOMICILE CONJUGAL

1) L'adultère du mari, dit-on d'abord, ne peut être poursuivi que consommé au domicile conjugal parce qu'« *en dehors de cette maison* où la femme doit être respectée ou qui ne doit pas être profanée par la présence de la concubine, *l'injure qui résulte de la débauche du mari n'a plus la même portée* et ne doit pas avoir les mêmes effets » (1).

Que l'adultère au domicile conjugal soit plus grave que l'adultère ordinaire, nous n'y contrevenons pas. Il y a là, certainement, un cas d'aggravation. Mais ce que l'on s'explique mal, c'est l'exigence de l'entretien dans la maison conjugale comme condition même de la poursuite.

Du point de vue moral, l'adultère commis hors de la maison commune n'est-il pas répréhensible ? Et, si l'on se place au point de vue de l'injure faite à la femme, cesse-t-elle d'exister — quoique moins grave — lorsque la débauche du mari n'a pas lieu chez lui ? (2).

2) L'adultère du mari, dit-on ensuite, ne doit être poursuivi que s'il a eu lieu au domicile conjugal parce qu'« en toute autre circonstance, le fait serait trop *incertain,* trop difficile à établir, *les recherches dégénéreraient souvent en inquisition* et n'auraient pour tout résultat que du *scandale* » (3). Dans toute autre circonstance, ajoute-t-on

(1) Chauveau et Hélie.
(2) C'était l'avis du rapporteur de la loi Naquet, sur le divorce, devant la Chambre des Députés, de Marcère. (*J. O.* 1882, p. 519.)
(3) Faure, orateur du Gouvernement devant le Corps législatif, séance du 7 février 1810. Locré, 30, 481.

(1), on serait en présence « d'une récrimination trop difficile à établir ou dont la *preuve* doublerait devant les tribunaux le scandale inséparable de ce genre d'accusation ».

Nous rappelons que se retrouve, sous ces motifs, le vieux souvenir de la conception du mari « seigneur et maître », sur la vie duquel la femme n'a pas de droit de regard. Mais, en admettant qu'il en soit autrement et si l'on fait abstraction de cette idée surannée, comment peut-on soutenir que la preuve de l'adultère du mari soit plus difficile à fournir que celle de l'infidélité de la femme et en quoi les poursuites seraient-elles plus incertaines contre l'un que contre l'autre ?

Dès lors qu'on admet les poursuites contre l'adultère, il faut bien reconnaître que la preuve n'en est pas plus délicate contre le mari que contre la femme. Le mode normal de preuve, en matière d'adultère, — et cela est vrai aussi bien en cas de divorce ou de séparation de corps — est certainement le constat de flagrant délit. En quoi est-il plus délicat à l'encontre du mari adultère que dans le cas où c'est l'épouse qui oublie son devoir de fidélité conjugale ?

D'autre part, pourquoi les recherches dégénéreraient-elles en inquisition lorsque c'est la femme qui poursuit, alors qu'il n'en est pas ainsi de la poursuite menée par le mari, et pourquoi y aurait-il, alors, plus de scandale ? On peut refuser de faire un délit de l'adultère et de le réprimer pénalement, et nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ce refus, mais si l'on admet les poursuites pénales contre lui, on admet, par cela même, la possibilité

(1) Monseignat : Rapport devant le C. L., S. 17 février 1810. Locré. 30, 495.

d'un scandale, toujours à craindre, mais pourquoi le redouter davantage dans un cas que dans un autre et pourquoi en faire une cause d'impunité pour un coupable et pas pour un autre ?

II. — JUSTIFICATION DE LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT DES DEUX SEXES

Ces motifs, assez spécieux, destinés à légitimer l'impunité du mari adultère en dehors du domicile conjugal, étant écartés, on prétend justifier l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme par plusieurs raisons qui semblent péremptoires et qui sont, en tout cas, traditionnelles : raison physiologique, raison sentimentale et psychologique, raison sociale.

A. — *Raison physiologique*

Déjà au XVIIIe siècle, Montesquieu disait : « Mais qui ne voit que cette raison concerne moins la culpabilité propre de la femme que sa nature même ; de sorte que l'épouse est punie plus à cause de sa constitution physique que de la perversité de sa conduite » (1). Un autre auteur ajoutait, au début du siècle : « Tant que la femme sera constituée organiquement comme elle est, on ne pourra l'assimiler à l'homme au point de vue des peines de l'adultère » (2). Autrement dit, comme la femme est définie par sa constitution organique même, elle ne pourra jamais être punie de la même façon que l'homme.

---

(1) Montesquieu, *Esprit des lois* ; L. 26, ch. 9.
(2) Dervillers, *L'adultère en Droit romain* ; Paris, th., 1893, p. 118

Mais que faut-il entendre par cet argument physiologique : Est-ce la possibilité pour la femme d'avoir des enfants? Nous retrouverons plus loin cet argument. — Ou bien n'est-ce pas plutôt un souvenir du vieil esprit païen, qui considérait la femme comme un être inférieur à l'homme parce que plus faible que lui, comme si la « fragilitas sexus » était une raison suffisante pour se montrer plus sévère. La loi ne devrait-elle pas alors supposer, au contraire, plus de fermeté de caractère à l'homme qu'à la femme ?

Mais, si l'on quitte ce terrain de la responsabilité envisagée dans ses rapports avec la physiologie et que l'on se place à un point de vue plus strictement moral, que faut-il penser de la différence établie entre les deux sexes ?

B. — *Raison sentimentale et psychologique*

Dans ce domaine, on s'ingénie à brosser un tableau en deux parties, une espèce de diptyque de l'adultère :

— D'un côté, l'infidélité de l'homme est représentée comme ordinairement éphémère, même momentanée ; sauf s'il se donne corps et âme à une maîtresse, ses liaisons sont, en général, de courte durée, et « le mari, en cédant à l'instinct sexuel, peut néanmoins conserver son affection et son estime à la femme qui est la compagne de sa vie » (1).

— Mais, de l'autre côté, « la femme infidèle aux lois de la pudeur, se livre complètement à celui qui la possède. De sa part, il n'y a pas de faute passagère, accidentelle : elle n'arrive à la chute qu'après avoir brisé, le plus souvent

(1) Garraud, *Traité de Droit pénal français ;* t. 5, n° 1870.

pour toujours, les liens qui l'attachaient à son foyer et surtout à son mari. Un seul fait d'adultère de sa part, c'est la mort du mariage et la dissolution de la famille » (1). L'infidélité de la femme, ajoute-t-on, creuse un fossé profond entre elle et son mari. Elle la détache d'une façon presqu'irrémédiable, soit qu'elle perde toute pudeur, soit qu'elle ressente pour son amant un amour durable. Et les conséquences peuvent se manifester jusqu'au sein du foyer : « Elle oubliera qu'elle est épouse ; se rappellera-t-elle qu'elle est mère ? » (2).

Que vaut cette opposition ?

D'abord, de l'aveu même de ses auteurs, elle perd toute sa valeur dans le cas où le mari entretient des relations régulières avec une maîtresse en dehors du domicile conjugal.

Mais que penser des unions extra-légales, plus ou moins brèves, du mari ? On lui passe ses aventures, pourvu qu'elles soient momentanées, mais peut-on croire à l'intensité et même à la réalité de l'affection et de l'estime du mari pour la femme qu'il trahit ? Peut-il y avoir dans cet amour « à éclipses » autre chose qu'un sentiment factice ou qu'une attirance purement sensuelle ?

Mais pourquoi venir tirer argument contre la femme du caractère graduel de sa chute ; il est certain qu'elle ne glisse que progressivement vers la faute ; mais de ce qu'elle ne se laisse pas aller brusquement à l'infidélité a-t-on le droit de la juger impitoyablement ?

Bien souvent, d'ailleurs, elle n'est amenée à l'adultère que par l'indifférence ou la conduite indigne de son mari.

---

(1) Garraud, *Ibid.*
(2) Bedel, *Nouveau traité de l'adultère et des enfants adultérins*, p. 11.

En outre, on ne doit pas oublier les luttes plus ou moins pénibles qu'elle soutient avant de succomber et ne pas la traiter plus durement parce que sa résistance a été plus longue, tout en faisant un titre d'impunité de la légèreté du mari qui se laisse aller plus facilement à la trahison.

En somme, cette excuse du mari et cette sévérité envers la femme ne sont que des produits de l'opinion publique, accablante pour l'une et tolérante pour l'autre. Cette opinion n'est, elle même, qu'un vieux débris des époques antérieures aux Codes. C'est la théorie des « deux morales », celle qui veut que la jeune fille soit astreinte à une morale sévère, mais prétend qu'à l'égard du jeune homme « il faut bien que jeunesse se passe » ; c'est la théorie qui veut que les hommes, mésusant de la plus grande liberté dont ils jouissent, commettent des actes immoraux dont ils ne toléreraient pas les plus minimes chez leurs compagnes, souvent retenues, elles, par la sévérité de l'opinion publique. C'est cette dualité de morale, transmise de génération en génération, acceptée sans réflexion, qui fausse l'esprit des individus, et dont les effets se retrouvent dans la loi en y apportant l'incohérence : dans un article, on trouve l'obligation de fidélité ; dans un autre, on voit, consacré solennellement, le principe contraire. Les hommes agissent ainsi machinalement, sous l'influence de vieux préjugés, plus confiants dans l'opinion publique que dans leur raison ou leur sentiment moral (1).

En réalité, ce qu'il faut dire franchement (et c'est ce qu'ont fait la plupart des rédacteurs des codes), c'est que la moindre infidélité de l'homme est aussi blâmable que celle de sa femme : « Si l'on juge des actes, non par les

(1) Voir : A. Nast, *Mariage et préjugés*

conséquences, mais par les principes, dit Paul Janet (1), on verra que l'infidélité du mari n'est pas moins coupable que celle de la femme, et que souvent même il est plus difficile de lui trouver des excuses ».

C. — *Raison sociale*

Mais au point de vue social, et nous avons vu que c'est le seul dont les rédacteurs des codes ont voulu tenir compte, l'adultère de la femme a des conséquences plus graves, et il est, par suite, plus répréhensible que celui du mari.

Nous avons vu les œuvres des anciens auteurs, les discussions des rédacteurs des codes au Conseil d'Etat et les discours au Corps législatif et au Tribunat ; sans cesse, nous avons vu revenir cette idée : « certes, au point de vue moral, les deux adultères sont aussi répréhensibles, mais ils se distinguent par leurs conséquences sociales et le Législateur doit avoir ces conséquences en vue lorsqu'il édicte des règles et réprime des délits ». — C'est l'avis de Bedel, plus tard ; c'est celui de Garraud ; et Janet met bien ce point de vue en lumière lorsqu'il dit : « Le Code est le défenseur du Droit et les fautes de la femme peuvent avoir de graves conséquences pour le Droit domestique. Il n'en est pas de même des fautes de l'homme et, quand il n'y a point une injure ouverte, le législateur considère le désordre du mari comme une affaire privée qui ne regarde pas la loi ».

Mais quelles sont donc ces conséquences, tant redoutées, et qui légitimeraient l'injustice du législateur ?

1° Tout d'abord, « l'adultère de l'homme n'allume la guerre qu'entre deux femmes, guerre souvent bruyante, rarement

(1) Paul Janet, *La famille*, p. 70.

meurtrière ; celui de la femme met en présence deux hommes et le *sang* coule ». C'est Bedel qui parle ainsi... en 1826. Ce bienheureux auteur, hanté par l'idée des scènes dramatiques entre le mari et l'amant de sa femme, mais si confiant dans la douceur du sexe faible, n'a pas connu l'époque du « revolver de sac à main » et des drames passionnels : il ne se doutait pas du nombre de tragédies sanglantes que pouvait entraîner la jalousie féminine ! En tout cas, même s'il avait encore raison, cela prouverait simplement que les hommes sont plus violents que les femmes, ou plutôt qu'ils supportent avec moins de résignation qu'elles leurs infidélités.

2° Garraud, d'autre part, considère qu'il convient de respecter les préjugés du monde ; le législateur doit en tenir compte ; or l'adultère de la femme, « dans l'état de l'opinion publique (dont la loi ne peut s'isoler).... *déshonore et ridiculise le mari* ».

Nous ne voyons pas bien comment la faute d'un époux pourrait enlever son honneur à l'autre ; en tout cas, le déshonneur serait le même pour la femme en cas d'adultère du mari. Et l'on peut en dire autant du ridicule, indéniable, d'ailleurs, et ne datant pas d'hier, que notre Société a trop tendance à attacher à la mauvaise fortune des époux.

3° En somme, la conséquence vraiment sérieuse de l'adultère féminin et la raison la plus valable de la distinction des deux infidélités est *l'introduction dans la famille d'enfants adultérins,* qui peuvent être attribués au mari en vertu de la maxime : « Pater is est quem nuptiae demonstrant ».

La maternité est un fait dont la preuve est facile ; au

contraire, la date de la conception est incertaine et le Législateur, pour couper court à toutes les hésitations a posé une présomption de paternité à l'égard du mari. On comprend, dès lors, facilement, la conséquence néfaste de l'adultère de la femme :

— ou bien les enfants peuvent être désavoués et, par conséquent, seront des bâtards adultérins, et l'on connaît la situation inférieure à eux faite par la loi ;

— ou bien le désaveu sera impossible, et le mari sera le père légal d'enfants nés d'un autre homme que lui, et il sera obligé de les élever comme s'il en était le père véritable.

C'est l'argument que nous avons trouvé sous la plume de tous les auteurs de l'ancien Droit, sous celle même de Montesquieu ; c'est celui qui a été invoqué par les rédacteurs des codes. Et il faut avouer qu'une telle conséquence est assurément très grave et que l'émotion du Législateur est compréhensible. Mais lorsqu'on a fait cette constatation, doit-on en conclure, comme le faisait un orateur, Gatineau, à la Chambre des députés, en 1882 (1), pour s'opposer à la modification de l'article 230 du Code civil : « les enfants, dont l'héritage va être atteint, dont la situation de fortune va diminuer..., n'ont aucune action judiciaire..., ils ne peuvent intervenir, c'est à cause de cela que la Société intervient, et le Législateur... protège leur situation et prévient le mal par l'emploi de sévérités plus grandes contre la femme ». Blanche et Dutruc résument parfaitement les positions prises : « La femme, par son libertinage, peut introduire dans la famille des enfants qui en usurpent le nom et la dépouillent. Le mari, par le sien, ne fait qu'outrager la foi conjugale. C'est donc avec raison que le Code

(1) *J. O.*, 1882, p. 518.

a plus de sévérité pour l'adultère de la femme que pour celui du mari » (1).

Mais cette opinion, pour être nettement exprimée, n'en examine pas moins, cependant, qu'un seul côté de la question.

Que viennent, en effet, prétendre les partisans de l'inégalité des deux sexes ? En général, ils veulent ne considérer l'adultère que du point de vue social ; ils s'attachent uniquement à ses conséquences. Mais les conséquences de l'infidélité du mari sont-elles moins funestes à la Société ? D'abord, la faute de l'époux expose aux yeux de la femme le fait démoralisateur de l'exemple et l'épouse délaissée ira alors chercher vengeance dans sa propre infidélité. Ensuite, la conséquence pécuniaire de l'adultère du mari est un fait fréquent qui peut amener la ruine de la famille légitime, plus sûrement qu'un partage des biens entre les enfants, légitimes ou non.

Il convient aussi de remarquer que, tout en prétendant se placer sur un terrain véritablement social, on envisage, en général, la Société sous un angle trop aigu ; on refuse de s'apercevoir que la famille, cellule sociale essentielle, n'est pas séparée par une cloison étanche des autres familles, et que la défense de la Société n'est pas la défense de chaque famille prise en particulier, mais de toutes les familles dont elle est formée.

Or, l'adultère du mari est à la fois une atteinte au Droit de son propre foyer et à la famille des autres. « S'il n'a pas pour conséquence, disait Naquet (2), d'introduire des enfants adultérins dans son propre ménage, il a pour conséquence d'en introduire hors de son ménage et quelquefois

(1) C'est aussi l'avis d'Hélie et Chauveau.
(2) Ch. des Dép., 1882. *J. O.*, p. 512.

dans le ménage des autres. Eh quoi ! est-ce que lorsque je contracte un mariage, il n'est pas convenu entre celle à qui je donne mon nom et moi, que mes forces, mon travail, la fortune que je pourrai acquérir, les soins que je pourrai donner seront entièrement destinés à mes enfants ? Et lorsque, sortant de mon ménage, j'entre dans le ménage des autres pour y porter des enfants adultérins, est-ce que je ne manque pas au contrat de mariage ? Est-ce que, lorsque, sortant de mon ménage, je procrée au dehors des enfants pour lesquels je détourne une partie de ma fortune, de mon affection, est-ce que, dans ce cas, encore, je ne manque pas gravement aux engagements conjugaux ? » Et Demôle ajoutait excellemment (1) : « Quand il s'agit des conséquences que l'inconduite d'un homme ou d'une femme peut avoir pour la Société, j'envisage la Société toute entière ; je ne limite pas mes regards au champ de la famille que les deux époux ont voulu créer, et je dis : si c'est le mari qui commet le délit d'adultère, est-ce qu'il n'est pas dans la même situation que la femme ? Et de même que celle-ci introduit des éléments étrangers dans la famille, est-ce que le mari n'en apporte pas dans la famille des autres ? Qu'il s'adresse à une femme ou à une fille, est-ce que les tristes résultats de l'inconduite du mari ne sont pas exactement les mêmes ? Est-ce que la Société, la Nation, la Collectivité n'a pas autant d'intérêt à empêcher par la législation que le mari introduise des éléments étrangers dans le ménage de son voisin ou qu'il mette à mal une jeune fille qu'il a la possibilité de voir tous les jours, autant que d'empêcher que la femme introduise des éléments étrangers dans sa propre famille ? »

(1) Sénat, séance du 20 juin 1884. *J. O.*, p. 1.127.

On ne saurait mieux dire, car de deux choses l'une :

— Ou bien des unions extra-légales que contracte l'homme naissent des enfants. Or, l'adultère du mari, commis avec une femme libre de liens matrimoniaux, jette dans la Société des bâtards adultérins que le mari, en principe, ne pourra pas reconnaître et dont on sait la situation ; commis avec une femme mariée, il introduit des bâtards au foyer d'autrui.

— Ou bien les liaisons du mari restent stériles (celles de la femme peuvent, d'ailleurs, aussi le rester), qu'elles durent assez longtemps ou qu'elles soient momentanées. Et, dans ce cas, l'adultère du mari est compliqué de débauche et de vice et il est aussi nuisible à la Société que la procréation d'êtres illégitimes.

La vérité est que les partisans de l'inégalité du Code, lorsqu'ils parlent de conséquences sociales n'ont en vue que les conséquences familiales de l'adultère. Or, si la Société a intérêt à ce que la tranquillité des familles légalement constituées ne soit point troublée par les infidélités conjugales, elle a un intérêt également impérieux à ce que, à côté de ces familles, il s'en forme le moins possible d'illégitimes, et aussi à ce que, dans son sein, on ne cultive pas de ferments de dépravation. « La Société doit se protéger au dehors aussi bien qu'au dedans des familles » (1).

En réalité, en matière sociale, comme dans le domaine moral, notre monde vit sur des préjugés, sur des affirmations sans cesse transmises de bouche en bouche, de génération en génération et acceptées dans l'opinion publique comme péremptoires : l'adultère de l'homme est puni moins sévèrement que celui de la femme ? Oui, mais celle-ci peut

(1) Henri Coulon, *Le divorce et l'adultère*, p. 61 et s.

avoir des enfants tandis que son mari ne peut en avoir. — Et cette phrase coupe court à tout raisonnement. Et ce manque de réflexion introduit, ici encore, l'incohérence dans la législation, qui tient à se faire le miroir fidèle des idées de la Société qu'elle régit : dans un de ses codes, il est posé en principe que les enfants adultérins et incestueux ne pourront, sauf quelques rares exceptions, être reconnus par leurs parents ; cette interdiction est évidemment destinée à empêcher l'adultère et l'inceste, en enlevant aux futurs coupables tout espoir de voir légaliser la situation créée par leur faute ; or, voici que, dans un autre code, la poursuite du mari infidèle est soumise à de telles restrictions qu'on peut dire que son impunité est (sauf de rares exceptions) posée en principe.

Ce qu'il faut dire, c'est que du point de vue social, comme du point de vue moral, l'adultère masculin est aussi grave et aussi lourd de conséquences que celui de la femme.

Que faut-il conclure de tous les arguments en faveur du maintien de l'article 339 ?

Les rédacteurs du Code sont partis de ces deux idées :

— Il ne faut pas permettre à la femme de poursuivre son mari pour adultère.

— Cependant on lui donne cette action lorsque l'injure est trop forte à son égard, lorsque le mari pousse l'audace jusqu'à entretenir sa concubine au domicile conjugal.

Nous avons vu que les motifs donnés pour légitimer cette différence établie entre l'adultère au domicile conjugal et celui qui est commis hors de la maison commune, qu'ils soient tirés de l'injure faite à la femme ou de la difficulté

de la preuve, ne résistaient pas à la critique. On peut ajouter cet argument de logique : le Code civil, dans son article 212, décide que les époux se doivent mutuellement fidélité et non pas « fidélité partout pour la femme et seulement dans la maison conjugale pour l'homme » (1).

Nous avons vu, également, que les motifs apportés en faveur de l'inégalité de traitement entre les deux sexes, qu'ils soient : physiologique, psychologique, sentimental, moral ou social, ne sont, en fait, que le résultat de préjugés et d'opinions toutes faites.

Que vaudrait, dès lors, celui que donnait Carette, à la Chambre des Députés, en 1882, et dont on ne peut que sourire : « Ni dans la loi de 1792, ni dans aucune législation, sous aucun climat, en aucun temps et chez aucun peuple, vous ne trouverez une assimilation complète et absolue entre l'adultère de l'homme et celui de la femme. Cette assimilation entière serait contraire à la nature, ce serait une grande faute, une grande imprudence » (2). Cette affirmation grandiloquente, contredite par l'étude du Droit comparé, prouve, en tout cas, qu'il existait déjà à cette époque des parlementaires peu familiarisés avec l'histoire des institutions dont ils discutaient.

De tous ces arguments, le plus sérieux lui-même, la considération du trouble apporté à la vie familiale par l'introduction possible d'enfants issus de l'adultère, dans la famille, n'est qu'une illusion en faveur d'une distinction établie entre les deux sexes.

Nous avons souligné, d'autre part, les conséquences choquantes qu'entraînait l'interprétation de la loi : — « Si la

(1) Naquet ; Ch. des Dép., 1882. *J. O.*, p. 512.
(2) *J. O.*, p. 509

femme, disait de Pressensé, au Sénat, en 1884 (1), exaspérée par les outrages dont on l'abreuve, cède par une sorte de revanche à un entraînement coupable, elle sera traînee immédiatement devant les tribunaux, mais pour y apprendre, par l'acquittement de son mari, que la Justice de son pays a deux poids et deux mesures », et il ajoutait : « Je ne connais pas de désordre pire que de mettre l'immoralité dans la loi ». — Nous avons vu aussi que le mari n'est plus punissable après la séparation de corps, alors que la femme est toujours l'objet de la répression pénale, en cas d'adultère.

D'un côté, des arguments qui n'ont plus de valeur, de l'autre, des conséquences choquantes ; n'est-il point temps de conclure avec de Marcère : « Pour nous, c'est une question de justice. Et au moment où nous voulons restituer à la femme une situation digne d'elle, au point de vue du mariage, nous vous disons : Rendez-la l'égale du mari, son égale devant l'injure de l'adultère » (2).

Une telle conclusion est un vœu en faveur d'une réforme législative.

---

(1) Sénat ; S. 20 juin 1884. *J. O.*, p. 1130.
(2) Ch. des Dép., 1882. *J. O.*, p. 519.

CHAPITRE III

Comment envisager une réforme législative ?

Le principe d'une modification de la législation pénale sur ce point étant posé comme désirable, de quelle manière peut-on l'envisager ?

L'étude de l'Histoire et surtout du Droit comparé, que nous avons faite, va nous fournir de précieux renseignements :

— C'est ainsi que l'on peut se demander, avec certains auteurs, s'il ne conviendrait pas, à l'instar de certains pays, de supprimer le délit d'adultère et d'en faire uniquement une cause de divorce.

— Certains approuvent, d'autre part, le décalage qui existe entre le Code civil et le Code pénal : il faut voir ce qu'on doit penser de cette opinion.

— Enfin, c'est dans le cadre de l'ensemble des inégalités établies par le Code pénal entre les deux sexes qu'il faut élaborer un plan de réforme.

— Et c'est ce plan, construit rationnellement, qui nous permettra de porter un jugement sur le projet de Code pénal français de 1934.

D'où les divisions :

Section 1re. — *Ne convient-il pas de supprimer toute répression pénale de l'adultère ?*

Section 2e. — *Convient-il de laisser subsister un décalage entre la législation civile et la législation pénale de l'adultère ?*

Section 3e. — *Comment concevoir la réforme ?*

Section 4e. — *Le projet de Code pénal français.*

SECTION 1re. — NE CONVIENT-IL PAS DE SUPPRIMER LA REPRESSION PENALE DE L'ADULTERE ?

Il s'est trouvé, depuis la fin du XIXe siècle environ, un certain nombre d'auteurs pour soutenir que la peine de l'adultère devait être supprimée. Nous sommes donc amenés à nous demander *s'il ne conviendrait pas de supprimer le délit d'adultère* et de laisser à la justice civile le soin de réparer l'offense de l'époux outragé.

On voit, par là, à quel point la question s'élargit. C'est, pourrait-on dire, la question préalable à la réforme de la législation pénale, et l'existence de toutes les autres dépend de la réponse faite à celle-ci.

Quel est le débat ?

A. — *Les peines prononcées contre les coupables sont, dit-on, ou injustes ou insuffisantes.*

1°) Elles sont INJUSTES si on établit la poursuite d'office, car elle peut donner lieu à un scandale qui dépasse, par ses effets, le trouble apporté par l'infraction. Elles sont injustes, même si on établit la poursuite du conjoint, car celle-ci dépend, alors, de l'humeur de ce dernier. Et ce châtiment, laissé à la discrétion de la victime, est susceptible de devenir une arme de vengeance, un instrument de chantage.

Cet argument est spécieux : on admet ou l'on n'admet pas que l'adultère doit être l'objet d'une répression pénale, mais, si on l'admet, on ne va pas s'étonner des conséquences de la poursuite, qui sont les mêmes pour tous les délits. Nous avons dit pourquoi il était bon, dans le cas de l'adul-

tère, de mettre la poursuite aux mains de la victime, car l'intérêt de la famille a tout à y gagner.

2°) Elles sont INSUFFISANTES.

a) Elles sont insuffisantes, d'abord, parce qu'elles ne correspondent pas à l'état des mœurs et de l'opinion publique et que, par suite, elles sont *inappliquées* par les tribunaux qui ne peuvent s'abstraire de cet état. Et l'on déclare : que l'on ne punit jamais de prison la femme poursuivie pour adultère, que les juges prononcent contre les coupables des peines dérisoires, grâce à l'octroi des circonstances atténuantes, et que l'exécution de ces peines est, en outre, suspendue par l'application de la loi Bérenger (1). Et cette inapplication des textes existants, conclut-on, prouve bien leur inutilité.

Si nous consultons le « Compte général de l'Administration de la Justice », pour la dernière année parue, 1934 (2), nous constatons qu'il y a eu :

1.413 affaires d'adultères, sur un total de 230.979 délits poursuivis, et 2.795 prévenus pour ce motif, sur un total de 272.529, ce qui fait que, sur une liste de 116 délits correctionnels, l'adultère arrive le 23e pour le nombre des poursuites et que, lorsqu'il y a 100 prévenus, il y en a plus d'un pour infidélité.

Considérons maintenant le résultat des poursuites :

Pour 2.795 prévenus, il y a eu :

160 acquittements,

pas d'emprisonnement de plus d'un an,

---

(1) On cite notamment le jugement : Trib. Château-Thierry (Président Magnaud), 11 nov. 1904, qui a condamné les deux prévenus au minimum des peines de simple police : 1 franc d'amende avec sursis (*La Loi*, 27 décembre 1904).

(2) Compte général de l'administration de la justice civile et criminelle pour 1934, p. 121.

17 emprisonnements de moins d'un an,

2.618 amendes,

et le nombre de sursis accordés n'est que de 224.

Nous voyons donc qu'il n'y a que très peu d'acquittements et de sursis, mais aussi peu de peines d'emprisonnement; la majorité des poursuites est suivie de condamnation fermes à l'amende.

Mais, peut-on dire, comme certains, que l'adultère est un délit qui n'est plus poursuivi ou, comme d'autres, qu'il n'est pas puni ? En serait-il ainsi, d'ailleurs, que l'indulgence des tribunaux ne prouverait point, comme on veut bien le dire, l'inutilité de la loi.

b) Les peines de l'adultère sont insuffisantes, ensuite, dit-on, parce qu'il a toujours existé beaucoup d'époux infidèles ; l'adultère a sans doute suivi le mariage monogamique de quelques heures et les législations, incapables de régler l'amour, *n'ont jamais pu arriver à empêcher les conjoints de violer leur foi;* en cette matière, elles sont superflues.

Faut-il entendre par là que la loi est dans l'impossibilité de faire disparaître, d'une façon complète, un acte considéré moralement et socialement comme mauvais ? Et doit-on conclure de là qu'il faut supprimer les pénalités qu'elle édicte ? Répondre par l'affirmative, c'est déclarer, par là même, la faillite de toute répression criminelle. Il faudrait alors, logiquement, supprimer toutes les dispositions rigoureuses contre tous les délits et, en présence d'une augmentation de la criminalité, remédier à cette aggravation par la suppression du Code pénal. Le Législateur n'édicte pas des règles répressives avec la prétention de ne pas les voir violer ; la loi pénale est simplement une indispensable direction pour les individus, qui, sans elle, troubleraient l'or-

dre social ; elle est « la conscience des gens qui n'en ont pas », et si elle ne produit pas d'amélioration dans les mœurs, il ne faut pas conclure à sa suppression, mais à son adaptation.

c) Mais, dit-on encore, les peines de l'adultère ne peuvent pas donner de résultats, car elles n'ont pas *d'effet préventif* et ne suffisent pas à retenir ceux que n'arrêtent pas des considérations plus élevées. Et le législateur est sorti de son domaine propre en voulant réprimer *un acte qui ne relève que de la morale.*

Que penser de ces affirmations qui tendent à prouver que l'adultère n'est pas rationnellement un délit ?

1. — Toute peine, remarque-t-on, en premier lieu, est inefficace contre l'adultère, parce qu'elle ne possède point et *ne peut pas posséder de pouvoir d'intimidation* à l'égard des individus tentés d'accomplir cet acte, tenu pour délictueux.

« La police n'est pas ce qui règle l'amour », disait le président Séré de Rivières. L'amour est, en effet, un sentiment impérieux et obsédant que l'on ne maîtrise pas à son gré et qui commande plus qu'on ne lui commande. « Une grande passion ne demande jamais si elle est légitime », dit une femme de lettres suédoise (1). L'amour omnipotent ne saurait donc, au dire de certains, trouver de frein sérieux, ni dans la conscience, ni dans la raison, ni dans le sentiment religieux, et encore moins dans la législation répressive.

La passion est-elle, en réalité, si puissante que rien ne puisse lui résister ? Il est certain, comme le disait Beccaria (2), qu'il est impossible aux législations « d'empêcher

(1) Ellen Key, *De l'amour et du mariage ;* p. 256.
(2) Beccaria, *Traité des délits et des peines ;* § 23.

entièrement les désordres que peuvent causer dans la Société les passions humaines », mais est-ce à dire que, pas plus que la conscience, la raison ou le sentiment religieux, les règles de Droit n'ont d'action sur les penchants nocifs d'un grand nombre d'individus ? Si une telle déduction s'impose pour l'amour, il faut aussi l'admettre sans restriction pour tout autre désir violent : il n'y a pas de raison pour ne pas nier également l'efficacité de toute répression pénale, qu'il s'agisse d'un attentat à la vie, à la propriété, à l'honneur ou aux mœurs, qui aura été le produit d'une passion : sentiment obsédant de vengeance, désir impérieux de lucre, passion sexuelle plus ou moins basse. Dira-t-on alors que l'absence de répression s'impose par son inutilité ? Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur le libre arbitre, on sera d'accord pour reconnaître la nécessité d'une disposition pénale, soit comme châtiment, soit comme contrepoids social.

Ou alors, on considère, avec un psychiâtre suisse, Forel, « qu'il est absurde de vouloir tenir en bride par la force et par des digues artificielles les appétits naturels normaux de l'homme » (1), et l'on ravale l'homme à l'état de simple animal, réfractaire pour la vie sexuelle à toute discipline, légale ou autre. Il n'y a plus de raison, alors, pour ne pas accepter sans sanction les manifestations les plus bestiales de son instinct et toutes leurs conséquences ; plus de raison, non plus, d'une façon générale, pour ne point regarder l'homme comme un esclave de ses désirs et de ses passions pour tous ses autres actes antisociaux (2).

Si l'on admet que l'adultère est un acte antisocial (nous

(1) Dr A. Forel, *La question sexuelle ;* p. 434.
(2) Voir sur la question : Dr Muller, *Homme ou animal ?* Lausanne, 1897.

nous expliquerons sur cette question), on ne peut nier que sa répression pénale s'impose. Aussi est-il raisonnable de dire avec Garraud : « que l'époux perspicace compte sur autre chose que les articles du Code contre l'adultère pour conserver la fidélité de son conjoint (1), nous n'en doutons pas, mais il s'agit de savoir si la Société n'a pas quelque raison de compter sur ces articles pour venir en aide à l'époux outragé, et si, dans tous les cas, elle ne doit pas, dans son propre intérêt, chercher à prévenir le scandale, en menaçant d'une peine ceux qui viendraient à le commettre ».

2. — C'est précisément la question que nous nous posons maintenant. Car certains auteurs soutiennent que rationnellement l'adultère constitue un fait d'ordre purement privé, *ressortissant à la morale* et non pas à la loi et que, dès lors, le législateur a excédé ses pouvoirs en le réprimant.

Il n'est pas dans nos intentions de rechercher les rapports qui doivent exister entre la morale et la loi ni la valeur de la distinction de la faute morale et du délit social. Il suffit de constater que du moment qu'un acte immoral produit des conséquences antisociales, soit par le trouble qu'il engendre directement, soit par sa possibilité d'être imité par un grand nombre d'individus et de se multiplier ainsi au grand détriment de l'intérêt général, le législateur doit s'en émouvoir et édicter des pénalités à son encontre.

Or, c'est bien le cas de l'adultère : — Qu'il soit immoral, nul n'y contredira : dès lors qu'on admet la monogamie dans une législation et qu'on pose en principe la fidélité

(1) Citation d'Enrico Ferri

conjugale, cela est indéniable. — Il est, de plus, antisocial : il y a un intérêt social certain à ce que la loyauté du mariage soit garantie. L'ordre dans la famille, qui est la condition même de l'ordre dans la Société, implique la répression d'un fait d'où résulte le plus souvent la dissolution même de la famille. D'autre part, dans un pays où le Droit civil repose sur la famille légitime et prétend la défendre, il y a un intérêt certain à ne pas voir se multiplier les familles illégitimes, et l'existence d'enfants adultérins n'ira-t-elle pas contre une Société fondée, comme la nôtre, sur le mariage ?

Enfin, prétendre que l'adultère est un fait qui lèse seulement des intérêts privés est, à coup sûr, se faire de l'union légale de l'homme et de la femme une conception trop étriquée. C'est ce que nous allons voir.

B. — *L'adultère ne regarde que les époux et sa seule véritable sanction est le divorce.*

Car, dit-on encore — et cette opinion est une des suites de la précédente — l'adultère n'est pas une affaire qui intéresse la Société, *il ne regarde que les époux,* il ne lèse que des intérêts privés, ceux du conjoint trompé, et de toute façon, *la seule véritable sanction de l'adultère,* ajoute-t-on, *est civile* (séparation de corps ou divorce) : c'est la seule réparation vraiment efficace, car elle peut faire diminuer le nombre des adultères.

a) Il faut répondre, tout de suite, à cette dernière affirmation : *Le divorce, dit-on, est le moyen* (*et le seul*) *le faire diminuer le nombre des adultères,* en offrant une porte de sortie à ceux qui ne veulent plus respecter la fidélité conjugale.

Des chiffres suffisent pour répondre :

Jusqu'en 1905, le nombre annuel des séparations de corps était voisin de 2.300. Il est, en 1934, de 3.737 ; on constate donc un léger accroissement.

Depuis 1884, date d'institution, le nombre des divorces a suivi la courbe suivante :

1884	1.657
1900	7.157
1905	10.019
1910	13.049
1913	plus de 15.000
1922	27.684
1923	23.599
de 1924 à 1933	par an: environ 20.000
1934	24.031

En regard, voici le nombre des adultères :

Années	*Nombre des affaires*	*Nombre des prévenus*
1861 — 65	408	760
1865 — 70	336	632
1871 — 75	378	705
1876 — 80	431	824
1881 — 85	546	1.038
1886 — 90	938	1.758
1891 — 95	963	1.838
1896 — 1900	1.143	2.214
1912	1.689	3.289 { 1.633 fem. / 1.656 hom.
1934	1.413	2.795

Il résulte de l'examen de ces chiffres que, depuis 1884, en même temps qu'on constate une très faible augmenta-

tion du nombre de séparations de corps et un accroissement considérable de celui des divorces, le nombre des affaires d'adultère s'est enflé dans des proportions importantes.

Même en tenant compte du fait qu'une instance correctionnelle peut faciliter ou hâter l'obtention du divorce et qu'on est tenté, à cause de cela, d'y recourir, comment conclure à une diminution du nombre des adultères corrélatif, comme on le disait, à l'accroissement du nombre des divorces ?

b) Que faut-il penser, maintenant, de l'opinion selon laquelle la *Société n'a pas à intervenir dans la répression de l'adultère ?*

L'infidélité conjugale, dit-on, est certes une faute morale, mais il faut se rendre compte de la réalité : lorsqu'un être ne ressent plus d'amour pour un autre, il est tyrannique de le contraindre à rester lié à lui durant toute son existence ; on doit respecter avant tout sa liberté individuelle. Si même, lorsque le mariage légal n'est pas encore rompu, il lui arrive de commettre une infidélité, la Société abuse de ses droits en prétendant lui infliger une peine.

L'adultère ne met que deux parties en présence, comme le mariage : les époux. Il n'est pas autre chose que la violation d'un engagement qu'ils ont pris l'un vis-à-vis de l'autre, d'un contrat à durée indéterminée ; la sanction de l'inexécution de l'obligation de fidélité doit être la résolution du contrat : le divorce (1). Et l'adultère n'est, en

(1) Em. de Girardin, *L'homme et la femme* (lettre à Alex. Dumas fils) ; Laborde, *Cours de Droit criminel*, p. 695 ; Garofalo, *Criminologie*, p. 42 et s.; E. Ferri, *Sociologie criminelle*, p. 242 ; A. Gautier, *Contre la répression pénale de l'adultère* (Rev. pén. suisse, 1894) ; H. Coulon, *Le divorce et l'adultère ;* P. et V. Margueritte, *Quelques idées*, p. 23 et 43 ; Forel, *La question sexuelle*, p. 434 et 464.

somme, qu'une rupture anticipée, et ceux qui le commettent ne font que se passer d'une formalité légale.

Que vient faire, dès lors, la Société et sa sanction pénale en cette affaire ?

Voilà la thèse. Nous pensons avoir suffisamment montré à quel point l'adultère intéressait notre Société : la famille légitime est chez nous la cellule de base, et elle repose sur le mariage. Or l'adultère est à la fois une violation des obligations résultant du mariage et une atteinte à la famille légitime : atteinte intérieure à la famille du coupable, car elle la lèse directement ou indirectement ; atteinte, aussi, aux autres familles.

La conception du mariage, contrat civil, dans lequel seuls les deux époux sont parties, est, avons-nous dit, trop étriquée. Nous ne prétendons pas faire ici le procès du divorce. Il faut bien reconnaître, cependant, que dans le cas qui nous occupe, loin de faire cesser le préjudice social, au contraire, il l'aggrave. Mais vouloir faire du mariage le simple rapprochement de deux individus, consacré par l'autorité sociale et susceptible de se délier de la même façon, c'est étrangement rétrécir le rôle de la famille. Celle-ci, fondée sur le mariage, n'est pas seulement le groupement des individus qui en sont issus. Elle a une fonction sociale à remplir et qu'elle remplit, ce qu'elle est seule à pouvoir faire : elle est l'instrument qui permet à la Société de venir en aide à ses membres. Les obligations entre époux, les devoirs d'entretien et d'éducation des ascendants vis-à-vis des enfants, l'obligation alimentaire entre parents ne sont que des manifestations de cette idée.

L'adultère qui porte atteinte à la famille frappe, par ce fait même, la Société dans son principe vital. Comment pourrait-elle s'en désintéresser ? A tort ou à raison (nous n'avons pas ici à en juger), notre Société actuelle est

fondée sur la famille légitime ; elle doit la défendre ; la résolution d'un contrat est un acte de défense individuelle, non de défense sociale : celle-ci ne se conçoit que dans des mesures répressives.

Les objections contre la répression pénale de l'adultère sont donc illusoires ou tirées d'une conception fausse du mariage. L'adultère est un acte dont l'immoralité nuit à la Société, sa répression est donc utile.

Aussi bien, aucun des projets de réforme du Code pénal dans le sens de la suppression de cette répression n'a-t-il abouti : en 1895, Viviani déposa une proposition de loi tendant à abroger les articles 336 et suivants du Code pénal. En 1904, Vallé, Garde des Sceaux, déclare que l'adultère, à son avis, ne doit plus être considéré comme un délit et que, s'il est suivi, il déposera un projet de loi en supprimant les pénalités. En 1905, un attaché au Ministère de la Justice, Le Normant, fait à la Société d'études législatives un exposé des motifs d'un projet de loi tendant à la même fin (1). Enfin, en 1906, Paul Meunier dépose une proposition de loi tendant à l'abrogation des articles 336 et suivants du Code pénal (2).

Les jours ont passé ; aucun de ces projets de réforme n'a abouti. Faut-il le regretter ? Nous ne le croyons pas : sanction de l'article 212 du Code civil, la répression de l'adultère est de nature à rappeler efficacement aux époux leur obligation de fidélité et à les retenir dans leur propension à la violer. Et cet effet nécessaire est susceptible

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 253 et s.
(2) *Revue pénitentiaire*, 1907, p. 705.

de se produire tant par la crainte que le châtiment peut engendrer que par l'état d'esprit qu'il peut créer.

Ainsi, il paraît souhaitable, dans une bonne législation, que soient édictées des pénalités contre les époux infidèles.

SECTION 2°. — CONVIENT-IL DE LAISSER SUBSISTER UN DECALAGE ENTRE LA LEGISLATION CIVILE ET LA LEGISLATION PENALE DE L'ADULTERE ?

La nécessité de la répression pénale de l'adultère étant admise, la question se pose alors de supprimer la différence de traitement établie par notre loi entre l'homme et la femme.

Il n'y a pas à revenir sur cette différence injuste et injustifiable. Mais il faut répondre à certains auteurs qui, tout en approuvant l'égalité des deux sexes en matière civile, applaudissant le décalage qui existe entre la législation civile et le droit pénal.

C'est ainsi que Planiol et Ripert soutiennent : « L'égalité de traitement dans la question du divorce est parfaitement compatible avec le maintien de la différence dans la répression pénale. Quand on considère l'adultère au point de vue social comme un délit, celui du mari est beaucoup moins dangereux que celui de la femme, parce qu'il ne rend pas suspecte la filiation des enfants : quand le mari a une maîtresse, les enfants qu'il a n'entrent pas dans la famille, ils restent des étrangers pour sa femme ». Il n'en est pas de même de celui de la femme. « Il doit y avoir égalité dans le divorce, parce que le divorce est la satisfaction accordée au conjoint et que, venant du mari ou de la femme, l'offense est égale. Il doit y avoir inégalité dans la peine, parce qu'elle est la satisfaction accordée

à la Société et que, pour elle, le danger est plus ou moins grand suivant que l'adultère vient de la femme ou du mari. Il n'y a donc pas la moindre inconséquence dans la loi ».

On retrouve là, en même temps que la justification du Code pénal, la théorie qui fait de l'adultère du mari un acte sans conséquences sociales, mais, ici, elle est plus nuancée : on l'applique en matière pénale seulement ; en matière civile, on admet l'égalité.

Nous n'avons pas à revenir sur les arguments que nous avons donnés pour prouver que les suites de l'adultère masculin ne sont pas moins graves pour la Société que celles de l'infidélité féminine. Nous voulons seulement faire remarquer l'inconséquence que contient cette opinion : on admet l'égalité des époux pour obtenir le divorce, à la suite de l'adultère, mais, en pratique, on refuse de leur donner le principal moyen d'arriver à cette égalité ; la preuve normale de l'adultère est, en effet, comme le disent Colin et Capitant, le constat de flagrant délit ; or, celui-ci ne peut être dressé que dans les cas où l'infidélité conjugale tombe sous le coup de la loi pénale ; si donc, en matière répressive, il n'y a pas égalité, ces constats ne se font pas avec la même facilité pour l'un ou l'autre sexe et cette inégalité se fait sentir en matière de divorce ou de séparation de corps, où, en pratique, l'égalité ne peut exister.

Cette observation faite, il faut déclarer que l'égalité est la seule conclusion qu'on puisse tirer de tout ce que nous avons dit. En bref, la législation pénale et la législation civile ne sont plus au pas ; la première est en retard. Nous avons eu l'occasion de dire (1) avec le professeur Hugueney, que « si le droit civil et le droit pénal n'ont pas

(1) Cf. : arrêt Bordeaux, 29 mai 1928, et ce que nous en avons dit.

marché du même pas, si le droit pénal retarde, ce n'est pas au juge, c'est au Législateur de les mettre au pas ». Ce serait l'occasion de supprimer les injustices choquantes que nous avons rencontrées au cours de notre étude.

SECTION 3°. — COMMENT CONCEVOIR LA REFORME ?

Nous sommes donc amenés à ces conclusions : l'adultère doit être réprimé, mais notre loi pénale doit être revisée dans le sens de l'égalité des deux sexes.

Comment doit-on concevoir cette réforme ?

A l'heure actuelle, nous l'avons dit, les deux adultères sont distincts sur quatre points :

— D'abord, le mari est excusable lorsqu'il commet un meurtre sur la personne de sa femme ou d'un complice surpris en flagrant délit d'adultère, dans la maison conjugale (article 324, § 2, du Code pénal). Rien de semblable n'est prévu pour l'épouse.

— En second lieu, au point de vue de la constitution du délit, l'adultère de la femme est réprimé quel que soit le lieu où il a été consommé et il suffit d'une fois pour qu'il soit répréhensible. Celui du mari, au contraire, ne tombe sous le coup de la loi que consommé au domicile conjugal et il est un délit d'habitude (articles 337 et 339 du Code pénal).

— En troisième lieu, au point de vue de la répression, l'adultère de la femme est puni d'un emprisonnement de 3 mois à 2 ans (article 337 du Code pénal), celui du mari d'une amende de 100 à 3.000 francs (article 339 du Code pénal).

— Enfin, le mari jouit du droit de grâce vis-à-vis de sa femme condamnée (article 337 du Code pénal) ; ce droit n'existe pas au profit de l'épouse.

Que dire de ces quatre différences ?

§ 1er. — L'ARTICLE 324 DU CODE PÉNAL

Le mari qui trouve sa femme en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale bénéficie d'une excuse atténuante s'il tue son épouse ou le complice. C'est le *jus occidendi* des Romains accordé au seul mari.

Quelle pensée a animé le législateur lorsqu'il a institué cette excuse ? Celle de l'outrage provoquant une colère et une indignation telles que l'époux trompé commet un meurtre.

Mais, si l'on se place au point de vue moral et individuel, l'outrage n'est-il pas le même pour la femme qui trouve son mari dans les mêmes conditions : sa colère et son indignation ne sont-elles pas aussi excusables ? Il faut, alors, voir là, une fois de plus, une conséquence de la conception qui fait, au point de vue social, de l'adultère de la femme un fait plus grave que celui du mari : nous savons ce qu'elle vaut.

Il convient donc de supprimer cette première différence entre les deux sexes. Mais, puisque le principe d'une réforme est admis, ne pourrait-on aller plus loin ? Ne serait-il pas indiqué, dans notre Droit moderne, de supprimer complètement cette excuse légale du meurtre de l'époux surpris en flagrant délit ou de son complice ?

Cette excuse légale est, en effet, le droit reconnu à un individu de se faire justice lui-même, comme aux temps anciens. Cette atténuation de peine, promesse anticipée

pour les meurtriers de l'indulgence de la Société, est le vestige d'un autre âge. L'adultère est un acte très répréhensible, mais il ne mérite pas la mort, et pourquoi permettrait-on, indirectement, à un individu, de punir cet acte d'une sanction supérieure à celle qu'inflige l'Etat lui-même ? Sans doute, dans certains cas, on peut comprendre l'exaspération de l'époux outragé, mais c'est là une pure question de fait et de circonstances soumise à l'appréciation des juges et non du Législateur; les jurés ne jugent-ils pas avec leur conscience et l'article 463 du Code pénal ne permet-il pas, par le jeu des circonstances atténuantes, de faire preuve de clémence, de la façon la plus simple qui soit ? Au surplus, n'est-ce pas, plutôt que d'une rigueur exceptionnelle, d'une excessive indulgence pour les crimes passionnels que l'on se plaint à l'heure actuelle ?

Si donc l'on n'admet pas que l'individu a des droits supérieurs à ceux de la Société et que la volonté de chacun prime celle de la loi — conception qui rend impossible tout ordre social — il faut conclure à l'abrogation de l'article 324.

§ 2°. — La constitution du délit

L'adultère du mari n'est punissable que s'il y a entretien de concubine au domicile conjugal.

a) Domicile conjugal

Nous pensons avoir suffisamment démontré que si l'adultère commis au domicile conjugal pouvait être considéré comme plus grave que l'adultère ordinaire, il était inadmissible d'en faire un élément constitutif du délit. « Pour-

quoi faire de cette circonstance la condition même de la poursuite ? Pourquoi voir un délit seulement dans le fait d'un mari qui vit en concubinage dans le domicile où l'épouse a le droit d'être reçue ? » (Garraud). C'est pourquoi nous concluons à la suppression de cet élément.

Pourtant il nous semblerait bon, en raison de sa gravité même et à l'instar de certaines législations étrangères, d'en faire une circonstance aggravante du délit.

b) *Entretien de concubine*

Mais le délit d'adultère du mari doit-il continuer, contrairement à celui de la femme, à être un délit d'habitude ? C'est l'avis de Garraud, qui exprime ainsi les raisons de son opinion : « Un seul fait d'adultère de sa part, c'est la mort du mariage et la dissolution de la famille. Par conséquent, tandis que vis-à-vis de la femme le délit est constitué par un fait unique d'adultère, il ne doit l'être vis-à-vis du mari que par le concubinage ».

Nous retrouvons, ici, la théorie qui voit plus de gravité, au point de vue moral, dans l'adultère de la femme que dans celui du mari : nous avons dit ce qu'il fallait en penser.

Le plus souvent, d'ailleurs, que ce soit de la part du mari ou de la part de la femme, on sera en présence d'un concubinage parce que, pour pouvoir poursuivre l'adultère, il faut être en possession d'éléments suffisants de preuve (le plus souvent un constat de flagrant délit) et leur obtention suppose une existence assez longue de relations illicites.

Notre conclusion sera donc, sur ce point, qu'il ne semble pas utile de faire plus un délit d'habitude de l'adultère du mari que de celui de la femme.

§ 3e. — La répression du délit

Quant à la différence de pénalités posée par le Code, on peut s'étonner de l'y trouver. Que le législateur de 1810 ait établi deux délits d'adultère, dont les éléments constitutifs étaient plus nombreux pour le mari que pour la femme, ce qui restreignait considérablement le domaine du délit de l'époux, cela peut s'expliquer par les idées de l'époque. Mais, ceci posé, et cette différence établie dans la constitution des deux infractions, la répression devrait être la même, sinon la différence s'y produit de nouveau. Et, aujourd'hui où cette différence nous apparaît comme une injustice, ce sont deux injustices qui se présentent, à deux degrés différents.

Convient-il, d'autre part, de modifier la nature et le taux des peines ? Convient-il d'y ajouter, comme cela a été proposé, la déchéance des droits civiques, civils et de famille ? Voilà deux questions intéressantes, mais qui sortent du cadre défini par le but que nous poursuivons : l'égalité entre les deux sexes.

Nous conclurons donc simplement qu'il convient d'établir une répression égale pour l'homme et pour la femme coupables d'adultère.

§ 4e. — Le droit de grace

Pour ce qui est du droit de grâce, aucune défense raisonnable de la différence établie entre les deux époux ne peut être présentée.

La nature spéciale du délit d'adultère justifie ce pardon comme elle justifie la mise aux mains de l'époux trompé du déclenchement des poursuites ou du désistement pendant leur cours. Mais pourquoi le refuser à la femme ?

Nous concluons donc en faveur de l'extension du droit de grâce à l'épouse.

L'ensemble de ces conclusions :

— suppression de l'article 324, § 2, du Code pénal ou, à la rigueur, égalité des sexes dans le bénéfice de l'excuse,

— assimilation des deux adultères quant aux éléments constitutifs, avec circonstance aggravante en cas de commission au domicile conjugal,

— identité de répression,

— extension à la femme du droit de grâce,

va nous permettre de porter un jugement sur le projet de code pénal français de 1934.

Section 4e. — LE PROJET DE CODE PENAL FRANÇAIS

Un décret du 23 décembre 1930 a prévu, en effet, la réunion d'une commission de révision de notre Code pénal. Cette commission a terminé ses travaux en 1934. Un projet de loi portant refonte du Code pénal fut déposé le 15 mai 1934. Le temps a passé sans qu'il soit voté. Le 17 juin 1938, le Garde des Sceaux, M. Paul Reynaud, a repris ce projet.

Les articles 403 et 404 traitent de l'adultère :

Article 403. — L'époux coupable d'adultère sera puni d'un emprisonnement de 10 jours à six mois ou d'une amende de 100 à 200 francs. Sera punie de la même peine la personne qui aura été complice de l'adultère.

Article 404. — La poursuite ne sera engagée que sur la plainte du conjoint offensé.

Aucune poursuite ne pourra être exercée ou continuée en cas de connivence du conjoint ou s'il a pardonné ou est décédé avant toute condamnation définitive.

Le conjoint offensé restera maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre l'autre époux, en acceptant de reprendre la vie commune.

Ajoutons que l'article 378 est ainsi conçu :

ARTICLE 378. — Dans le cas d'adultère, le meurtre et les violences commis sans préméditation par un époux sur l'autre, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit, sont excusables.

On voit :

— d'abord, que l'excuse, en cas de meurtre de l'époux ou du complice surpris en flagrant délit, subsiste ; on a, toutefois, fait disparaître la condition de la « maison conjugale » ; et, surtout, on a fait bénéficier la femme de l'excuse.

— ensuite, que l'on n'a pas jugé à propos de faire de la commission au domicile conjugal une circonstance aggravante.

— enfin, que l'égalité a été établie complètement entre l'homme et la femme : dans la constitution du délit, dans sa répression, au regard du droit de grâce.

Ce projet de Code pénal est donc à peu près entièrement conforme aux conclusions de notre étude. Quand sera-t-il voté ? Nul ne le sait ; le sera-t-il même un jour ? Mais il est certain qu'il réalise un grand progrès : il fait, en effet, une réalité, en notre matière, de cette mise au pas si souhaitable du Droit civil et du Droit pénal. Ce faisant, il met la législation en harmonie avec les idées de notre temps.

Il répond surtout au sentiment de justice qui fait que les dispositions actuelles de notre Code nous choquent, et s'il est vrai que la morale est à la fois constituée par la défense des bonnes mœurs, le sens de l'équité et le respect de ce qui semble légitime, il est une illustration de la fameuse formule : « Le Droit est de la morale en action ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

C'est devenu une banalité que de dénoncer l'inutilité des lois ne correspondant pas à l'état moral du peuple qu'elles régissent. *Quid leges sine moribus !* Cela est particulièrement vrai en matière d'adultère ; la loi pénale n'a sur lui qu'une action limitée et il ne faut pas attendre d'elle des résultats excessivement fructueux. Fournel le faisait déjà remarquer au XVIII° siècle : « L'institution des peines est une suite de l'imperfection des lois humaines. Il y aurait beaucoup plus d'habileté de trouver un moyen de prévenir le crime ; cette précaution serait surtout précieuse en matière d'adultère » (1). Pour « prévenir le crime », la peine n'a aucune action en cette matière, c'est la raison, l'éducation morale, le sentiment religieux aussi, la conscience surtout, qu'il faut développer. Cela sort du rôle du législateur : c'est la question morale et spirituelle qui, dans tous les domaines, est préalable à l'action véritable de la loi.

Mais, en même temps, et si l'on veut que cette loi ait un sens profond, il ne faut pas y installer l'injustice et l'inégalité. Il ne faut pas, surtout, qu'elle soit en opposition avec les idées nouvelles ; sinon, elle n'a plus qu'un intérêt théorique ou historique et n'est plus bonne qu'à placer dans un musée législatif.

L'article 339 du Code pénal est un vestige de temps

(1) Fournel, *Op. cit.*, p. 391.

révolus, qui s'effrite progressivement sous la logique même des choses. Dans tous les domaines, la femme du XXe siècle brise le cadre vétuste dans lequel le législateur du XIXe a voulu l'enfermer. La législation pénale était une de celles qui lui faisaient le sort le plus semblable à celui de son compagnon. Mais l'on ne comprendrait pas que cette inégalité flagrante en matière d'infidélité, que rien ne justifie plus, continuât à figurer dans l'arsenal législatif de notre pays.

Dans un monde qui, de plus en plus, tend à faire de la femme l'égale de l'homme, ce qui ne peut rien lui enlever de son charme propre, il est à souhaiter que la France ne soit pas en retard, s'il est vrai, comme le disait un moraliste d'un siècle déjà lointain (1), que : « La civilisation d'un pays se reconnaît aux droits dont jouit la femme et à l'égalité plus ou moins grande qui existe entre elle et l'homme ».

VU, *le Doyen :*
G. RIPERT.

VU, *le Président de la Thèse :*
L. HUGUENEY.

VU *et permis d'imprimer :*
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

(1) La Rochefoucauld, *Maximes.*

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET RÉFÉRENCES (I)

Poitiers,	2 Prairial an XII...	S. Chr.,	I-2-192.
Besançon,	9 avril 1808	S. Chr.,	II-2-376.
Limoges,	2 juillet 1810	S. Chr.,	III-2-301.
Douai,	24 juillet 1812	S. Chr., S.,	IV-2-164. 12-2-33.
Tr. Civ. Seine,	30 avril 1816	Avec le suivant.	
Paris,	28 mars 1817		
Civile,	21 décembre 1818 ..	S.,Chr., S.,	V-1-561, 19-1-163.
Civile,	27 janvier 1819	S. Chr., S.,	VI-1-13. 19-1-166.
Tr. Civ. Orléans,	15 mai 1820	Avec : Req. 9 mai 1821.	
Orléans,	16 août 1820	S. Chr., S.,	VI-1-432. 21-2-134.
Requêtes,	9 mai 1821	S. Chr., S.,	VI-1-432. 21-1-349.
Agen,	27 janvier 1824	S. Chr., S.,	VII-2-306. 25-2-7.
Toulouse,	12 avril 1825	S.,	25-2-299.

(1) *a*) D. H. = Dalloz Hebdomadaire.
D. P. ou D. = Dalloz Périodique.
G. P. = Gazette du Palais.
G. Tr. = Gazette des Tribunaux.
S. = Sirey, Recueil de lois et arrêts.
S. Chr. = Sirey Chronologique, jusqu'en 1830.

b) Les décisions sont classées par ordre chronologique et désignées ainsi : Cours d'Appel : le nom de la Cour.
Cour de Cassation : Civile = Chambre civile ;
Criminelle = Chambre criminelle ;
Requêtes = Chambre des Requêtes.
Tribunaux : Civ. = Civil.
Corr. = Correctionnel.

Civile,	17 août 1825	S., 26-1-1.
Bordeaux,	19 mai 1828	D., 28-2-155.
Bruxelles,	14 octobre 1930	S. Chr., IX-2-484. S., 31-2-60. D., 33-2-216.
Limoges,	21 mai 1835	S., 35-2-470.
Trib. Civ. Senlis,	9 octobre 1835	D., 36-3-15.
Requêtes,	14 juin 1836	S., 36-1-448.
Lyon,	15 juin 1837	D., 38-2-95. S., 38-2-164.
Criminelle,	27 avril 1838	D., 38-1-460. S., 38-1-538.
Grenoble,	18 novembre 1838 ..	D., 39-2-110. S., 39-2-160.
Caen,	13 janvier 1842	S., 42-2-176.
Rennes,	20 janvier 1851	D., 51-2-186. S., 51-2-448.
Civile,	20 mars 1855 : on note sous : Tr. Corr. Seine, 20 février 1883.	
Trib. Civ. Versailles,	29 octobre 1857	Sous le suivant.
Paris,	4 décembre 1857 ..	D., 58-2-1. S., 58-2-121.
Criminelle,	12 décembre 1857 ..	D., 58-1-136. S., 58-1-176.
Bordeaux,	21 avril 1858	D., 59-2-25. S., 58-2-487.
Trib. Corr. Tours,	7 juin 1858. Avec :	Crim. 11 nov. 1858.
Orléans,	28 juillet 1858	S., 58-2-592.
Criminelle,	11 novembre 1858 ..	S., 59-1-192. D., 61-1-345.
Rouen,	1er mars 1859. Avec	: Req. 28 nov. 1859
Requêtes,	28 novembre 1859 ..	D., 60-1-254. S., 60-1-342.
Paris,	8 février 1861. Avec :	Crim. 7 juin 1861.
Criminelle,	7 juin 1861	D., 61-1-346. S., 61-1-1021.

Civile,	13 mai 1862	D., 62-1-422.
Criminelle,	23 mars 1865	D., 65-1-400.
Criminelle,	28 février 1868	D., 68-1-233.
Civile,	13 mars 1872	D., 72-1-49.
Trib. Corr. Seine,	28 mai 1872	S., 72-2-154. D., 72-3-56.
Lyon,	7 janvier 1873	D., 73-2-8. S., 73-2-231.
Dijon,	30 mai 1877	D., 79-2-216.
Civile,	18 juin 1877	D., 77-1-445.
Trib. Corr. Seine,	25 avril 1879	Journal Droit Intern. Privé; 1879, p. 16.
Criminelle,	10 juin 1880	D., 81-1-192. S., 81-1-280.
Trib. Corr. Seine,	20 février 1883	G.P., 83-1-375.
Criminelle,	17 août 1883	S., 85-1-281. D., 87-1-47.
Tr. Corr. Compiègne,	6 avril 1886	Le Droit, 6 mai 1886.
Cass. Belge,	9 mars 1896	J. des Parquets, 96-2-118.
Bordeaux,	18 décembre 1896 ...	J. des Parquets, 99-2-109.
Trib. Corr. Seine,	9 décembre 1898 ...	Pand. Françaises, 99-2-320.
Toulouse,	22 février 1900	S., 03-2-133. D., 04-2-15.
Tr. Corr. Perpignan,	16 janvier 1902	D., 04-2-163.
Trib. Corr. Lille,	26 mars 1904	D., 4-2-172.
Trib. Corr. Seine,	4 février 1913	G. Tr. 6 juin 1913.
Trib. Corr. Seine,	29 avril 1913	G. Tr. 14 nov. 1913.
Trib. Corr. Seine,	5 décembre 1913 ...	J. Parquets, 1915-2-122.
Trib. Corr. Boulogne-sur-Mer,	18 mars 1914	D., 14-2-77.
Trib. Corr. Seine,	10 novembre 1915 ...	G. Tr., 22 juill. 1916.
Trib. Corr. Chalon-sur-Saône,	4 avril 1919	La Loi, 28 mai 1919.

Paris,	2 février 1923	G. P., 23-1-562.
Bordeaux,	29 mai 1928	S., 28-2-149. D., 29-2-124.
Tr. Corr. Perpignan,	22 février 1930	Sous le suivant.
Montpellier,	3 avril 1930	D.H., 30-372.
Poitiers,	12 décembre 1930 ...	G.P., 31-1-277.
Paris,	9 juin 1931	S., 31-2-240. D., 31-2-164. G.P., 31-2-385.
Lyon,	29 novembre 1932. Avec : Crim., 12 mai 1934.	
Trib. Corr. Redon,	3 mai 1934	Sous le suivant.
Criminelle,	12 mai 1934	D.H., 34-334. G.P., 34-2-172.
Trib. Corr. St-Malo,	19 janvier 1935	G.P., 35-1-475.
Paris,	13 novembre 1935 ..	S., 36-2-48. G.P., 36-1-91.
Tr. Corr. Rochefort-sur-Mer,	1er avril 1936	G.P., 36-2-82.
Tr. C.. La Rochelle,	12 mai 1938	G.P., 38-2-200.

BIBLIOGRAPHIE

I. — HISTOIRE ET DROIT COMPARÉ

1) Antiquité

FUSTEL de COULANGES. — *La Cité antique.*
GIDE P. — *Etude sur la condition privée de la femme.*
SIEYE. — *De l'adultère chez les peuples de l'Antiquité, à Rome et dans la législation française.* Thèse ; Paris, 1875.
VOISIN R. — *Etude critique sur l'autorité maritale et la condition de l'épouse dans l'Antiquité.* Thèse ; 1907.
De PASTORET. — *Histoire de la législation.*
Loi de Manou (Traduction Loiseleur-Deslongchamps).
La Bible : Genèse, Exode, Lévitique, Deutéronome, Proverbes, Daniel, Les Rois, Samuel.

2) Droit romain

PAUL. — *Sentences.*
Corpus Juris Civilis (Mommsen) : Digeste, Code, Novelles (notamment 22, 117, 134 de Justinien et 32 de Léon), Institutes.
PLAUTE. — *Le Marchand.*
HORACE. — *Satires.*
JUVÉNAL. — *Satires.*
SUETONE. — *Vie des douze Césars* (Auguste).
AULU-GELLE. — *Nuits attiques.*
ESMEIN. — *Le délit d'aldultère à Rome.*
CHAILLEY. — *L'adultère à Rome.* Thèse ; Paris, 1882.
FAURE. — *L'adultère en Droit romain et en Droit français.* Thèse ; Paris, 1893.
DERVILLERS. — *Les peines de l'adultère en Droit romain avant, sous et après la loi Julia.* Thèse ; Paris, 1893.
LE BAS. — *Des conséquences pénales et civiles de l'adultère en Droit romain et en Droit français.* Thèse ; Caen, 1894.

3) Droit canonique

Les Evangiles.
Corpus Juris Canonici.
SAINT-PAUL. — *Epîtres : aux Ephésiens, aux Corinthiens, aux Hébreux, aux Romains.*
SAINT-JÉROME. — *Epître 29 ad Oceanum* (Eloge de Fabiola).
LACTANCE. — *Institutiones divinae.*
SAINT-AMBROISE. — *Expositio in Lucam*
HOSTIENSIS. — *Summa.*
PETRUS LEURENIUS. — *Jus canonicum*, 1787.
LEON XIII. — *Encyclique arcanum divinae.*
PIE IX. — *Syllabus.*
NAST A. — *La répression de l'adultère chez les peuples chrétiens.* Thèse Paris, 1908.

4) Droit barbare

TACITE. — *Mœurs des Germains*. Annales.
WALTER. — *Corpus juris germanici antiqui : Lex Burgundorium.*
Monumenta Germaniae Historica : Lex Wisigothorum, lex ripuaria (Hanovre et Leipzig, 1902).
PARDESSUS. — *La loi salique*, 1843.
BALUZE. — *Capitularia regum Francorum*, 1677.

5) Ancien Droit

a) BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis.*
ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises.*
b) PAPON. — *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 1607.
LAROCHE-FLAVIN. — *Arrests du Parlement de Toulouse*, 1751.
MAYNARD. — *Notables questions jugées au Parlement de Toulouse*, 1751.
DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 1756.
OLIM. — (1834-1848).
c) VIVES. — *Livre de l'institution de la femme chrétienne*, 1542.
MONTAIGNE. — *Essais.*
CLARUS J. — *Opera omnia sive practica civilis et criminalis*, 1672.
FARINACIUS. — *Opera criminalia*, 1676.
POTHIER. — *Œuvres.*
COQUILLE Guy. — *Institution du Droit français*, 1703.
D'ESPEISSES. — *Œuvres*, 1750.
SERPILLON. — *Commentaire sur l'ordonnance de* 1670 ; 1767.
JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle en France ;* 1771.
HENRYS Claude. — *Œuvres ;* 1772.
FOURNEL. — *Traité de l'adultère considéré dans l'ordre judiciaire ;* 1778.
MUYART de VOUGLANS. — *Les lois criminelles de France ;* 1780.
ARGOU. — *Institution du Droit français ;* 1787.
Guy du ROUSSEAU de LACOMBE. — *Traité des matières criminelles ;* 1788.
BECCARIA. — *Traité des délits et des peines ;* 1717.
MONTESQUIEU. — *Esprit des lois.*

6) Droit intermédiaire

Moniteur Universel.
FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ;* 1836.
LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale, criminelle de la France ;* 1832.
OLIVIER-MARTIN. — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (1789-1804) ; thèse ; Paris, 1901.

7) Droit comparé

Les différents Codes étrangers.
La vie juridique des peuples (Lévy-Oulmann et Mirkine, Guetzévitch) : *Belgique, Tchéco-Slovaquie, Roumanie, Espagne, Suisse.*
ANCEL Marc et autres. — *La condition de la femme dans la Société contemporaine ;* 1938.
DONNEDIEU de VABRES. — *Traité de droit criminel et de législation pénale comparé ;* 1938.
SOLIMAN. — *La répression de l'adultère en Egypte.* Thèse ; Paris, 1925.

II. — ETUDE JURIDIQUE

1) Ouvrages généraux

a) En matière civile :

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français.* T. 5.
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité de Droit civil.*
BEUDANT. — *Cours de Droit civil français.* T. 3 bis.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaires de Droit civil français.* T. 1er
DEMANTE et COLMET de SANTERRE — *Cours analytique de Code civil.*
DEMOLOMBE — *Cours de Code Napoléon.*
DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil.*
HUC. — *Commentaire du Code civil.*
JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français.* T. 1er.
LAURENT — *Principes du Droit civil français.*
MASSOL. — *De la séparation de corps.*
MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.*
PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil,* T. 1er.
PLANIOL, RIPERT [et ROUAST]. — *Traité pratique de Droit civil français.* T. 2.
VALETTE. — *Explication sommaire du livre 1er du Code Napoléon.*
VAZEILLE. — *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle.* T. 2.

b) En matière pénale :

BLANCHE et DUTRUC. — *Etudes pratiques sur le Code pénal.* T. 5.
BOITARD et VILLEY. — *Leçons de Droit criminel.*
CARNOT. — *Commentaires sur le Code pénal.* T 2.
CHAUVEAU et HÉLIE. — *Théorie du Code pénal.* T. 2-4.
— *Traité du Code d'instruction criminelle.* T. 2.
DUTRUC. — *Mémorial du Ministère public.* — *Verbo : adultère.*
ENRICO FERRI. — *Sociologie criminelle.*
GARÇON. — *Code pénal annoté : article* 339.
GAROFALO. — *Criminologie.*
GARRAUD. — *Traité théorique et pratique du Droit pénal.* T. 5.
GOYET. — *Précis de Droit pénal spécial.*
HÉLIE et DEPEIGES. — *Pratique criminelle des Cours et Tribunaux.* T. 2.
LABORDE. — *Cours de Droit criminel.*
LE POITTEVIN. — *Dictionnaire des Parquets.* V. : *Adultère.*
LE SELLYER. — *Traité de l'Exercice et de l'Extinction des actions publiques et privées.* T. 1er.
MANGIN. — *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle.* T. 1er.
MOREN. — *Répertoire de Droit criminel.* V. : *adultère.*
ORTOLAN. — *Eléments de Droit pénal.*
VILLEY. — *Précis de Droit criminel.*
Cours de Droit pénal spécial de MM. DONNEDIEU de VABRES et HUGUENEY.

2) Etudes spéciales

BEDEL. — *Traité de l'adultère et des enfants adultérins.*
BOUCHÉ. — *Etude de l'adultère.* Thèse ; 1893.
REVEL. — *L'adultère suivant la jurisprudence et la doctrine.*
SIÈYE. — *Traité sur l'adultère.*

3) Recueils de Doctrine

DALLOZ. — *Code civil annoté :* Ancien art. 230.
— *Code pénal annoté :* Art. 339.
— *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* (ou Jurisprudence générale) V. : *adultère.*
— *Répertoire pratique* (et suppléments). V. : *adultère.*

SIREY. — *Répertoire général alphabétique de Droit français*, par Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejouan du Saint. V. : *adultère, séparation de corps.*

4) Périodiques

Revue de Science pénitentiaire.
Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé.
Etudes criminologiques.
Journal du Ministère public et du Droit criminel.
Journal des Parquets.
Journal du Palais.
Journal du Droit international privé.
La Loi.
Le Droit.
Pandectes Françaises.
Semaine Juridique.

5) Recueils de Jurisprudence

DALLOZ. — *Périodique et critique.*
— *Hebdomadaire.*
Gazette du Palais.
SIREY. — *Sirey chronologique.*
— *Recueil général des lois et arrêts.*
Bulletin des Arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.

III. — ETUDE CRITIQUE

DUMAS A. fils. — *L'homme-femme*
De GIRARDIN Emile. — *L'homme et la femme.* (Lettre à Alex. Dumas fils.)
JANET P. — *La famille.*
SEAILLES G. — *Les affirmations de la conscience moderne.*
NAQUET Alf. — *La loi du divorce.*
LEFEBVRE Ch. — *Le mariage n'est-il qu'un contrat ?*
MARGUERITTE P. et V. — *Quelques idées.*
FONSEGRIVE G. — *Morale et Société.*
— *Mariage et union libre.*
NAST. A. — *Mariage et préjugés.*
ELLEN KEY. — *De l'amour et du mariage.*
BUREAU P. — *La crise morale des temps nouveaux.*
GAUTIER A. — *Contre la répression pénale de l'adultère* (Revue pénale suisse ; 1894).
Dr FOREL A. — *La question sexuelle.*
Dr MULLER. — *Homme ou animal ?*
COULON H. — *Le divorce et l'adultère.*
LEYRET. — *Nouveaux jugements du Président Magnaud.*
Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1905 : LE NORMANT, *Exposé des motifs d'un projet de loi sur la suppression des peines de l'adultère.*
Journal Officiel, de 1882 et 1884.
Annales parlementaires, de 1882 et 1884.
Compte général de l'Administration de la Justice civile et criminelle en France.

Table Analytique des Matières

Pages

INTRODUCTION. — **Position de la question dans son cadre. — Principes de l'étude. — Plan** 1

Position de la question dans son cadre

L'adultère de l'homme et de la femme au point de vue moral.
Le Code pénal : Peine réduite pour le mari. — Champ d'application restreint par deux conditions : entretien de concubine, au domicile conjugal.
Questions posées par les expressions : entretien de concubine ; domicile conjugal.

Principes de l'étude

Méthode.
Importance de la question : rapprochement ou éloignement des deux adultères.
Esprit de l'étude.

Plan

Questions qui se posent.
Plan.

PREMIERE PARTIE. — **Notions historiques sur l'adultère de l'époux et l'adultère de la femme**..... 7

1) But de cette partie.
2) L'adultère fut réprimé de tous les temps :
— au point de vue civil,
— au point de vue pénal.
Mais cette répression a varié avec le temps sous l'influence de divers facteurs :
a) Conceptions différentes : de la vie conjugale, de la fidélité.
b) Organisation de la famille et conception du mariage.
c) Différence des intérêts considérés pour punir l'adultère.
3) Plan.

CHAPITRE PREMIER. — *La répression de l'adultère dans le monde païen* 11

SECTION PREMIÈRE : L'Orient 11

Organisation de la famille. — Conception du mariage. — Condition de la femme.
Inégalité de l'homme et de la femme vis-à-vis de l'adultère. —

Pages

Ses explications :
a) La « politique de population » des peuples antiques. Sa conséquence : l'adultère légal du mari : la polygamie, le concubinat.
b) La conception antique de la fidélité et de l'adultère : du mari, de l'épouse.

La répression de l'adultère.

— Les peines : pénales (corporelles, pécuniaires) et civiles.
— La procédure : juridiction domestique ou tribunaux.
Conclusion. — Conception individuelle du délit.
— Aucune disposition n'est à l'origine de notre Droit.

SECTION 2e : La Grèce 16

La Crète.
Macédoine. — Béotie. — Locrie.
Lacédémone.
Athènes :
— Politique de « population ». — Ses conséquences : mariage obligatoire, conception de la fidélité masculine, polygamie, concubinage.
— Conception du délit mélangée de droit individuel et de droit familial.
— Répression de l'adultère féminin.
— « Jus occidendi ».

SECTION 3e : Rome 20

La religion du foyer et l'adultère.
Plan.

§ 1er : L'adultère avant la loi Julia 20

Pureté des mœurs des premiers Romains.
Impunité du mari.
Répression de l'adultère de la femme :
— Flagrant délit : Jus occidendi.
— En dehors du flagrant délit : juridictions compétentes ; répressions pénale et civile.
Conception du délit.

§ 2e : L'adultère sous la loi Julia 24

Importance de la loi Julia.
Privilège de l'homme, mais incapacité d'attaquer sa femme s'il est lui même adultère.
Le « jus occidendi ».
Les sanctions : civiles (répudiation, dot) ; criminelle.
Conception du délit : délit social ; crimen publicum.

Conclusion 27

Inégalité de la répression de l'adultère de l'homme et de la femme dans toutes les législations antérieures à Jésus-Christ.

Pages

CHAPITRE II. — *La répression de l'adultère dans le monde chrétien* 28

INTRODUCTION : La morale matrimoniale évangélique 28

Ses principes : Pureté du mariage.
Amour conjugal.
Indissolubilité du mariage.
Condamnation de l'adultère.
Egalité des époux.
Leur influence sur les législations positives.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : Le Droit romain sous l'Empire 30

Influence minime du christianisme sur lui.
Dépravation des mœurs sous l'Empire : mise en sommeil de la loi Julia.
Constantin :
Faible influence du christianisme.
Aggravation des peines.
Egalité des époux au point de vue civil : Constitution de Théodose et Valentinien.
Justinien :
Le « jus occidendi ».
Impunité pénale du mari.
Amélioration du sort de la femme adultère.
Egalité civile des époux; l'entretien de concubine.
Caractère du délit :
Délit social.
Restriction au seul mari du droit d'accuser.
Conclusion sur le Droit Romain :
Jugement sur lui.
Sa fusion avec les lois barbares : origines de notre Droit.
L'avènement du Droit canonique.

SECTION 2e : Le Droit canonique 36

§ 1er : Les lois barbares et les Capitulaires .. 36

§ 2e : La législation canonique 37

Comment furent appliqués les principes de l'Evangile :
Affirmation des préceptes.
Indulgence dans l'application.

a) les principes 39

Mariage-sacrement.
Indissolubilité.
Unité de morale entre les deux sexes.

b) la répression 40

Prépondérance des officialités au Xe siècle.
Négation du jus occidendi.
Peines appliquées
Procédure.

Pages

Conclusion : Déclin des juridictions ecclésiastiques à partir du XIVe siècle.

SECTION 3e : L'ancien Droit 42

Droit canonique et Droit séculier.
Différence de points de vue.
Influence du Droit canonique :
Mariage : sacrement.
Adultère : Infraction de Droit divin; infraction morale.
Influence de la conception de la famille sur la répression de l'adultère :
Le mari « seigneur et maître ».
Action refusée à la femme :
Motifs donnés par la doctrine : puissance maritale; introduction d'enfants adultérins.
Prétendues exceptions.
Le meurtre de l'épouse surprise en flagrant délit.
La poursuite de la femme par le mari lui-même adultère.
L'accusation : maritus genitalis thori solus vindex.
Les peines : Course des battus — fustigation — authentique sed hodie.
Conclusion : Idée que l'adultère de la femme est plus répréhensible que celui de l'homme.
Mais, pendant tout l'Ancien Régime, le mariage est un sacrement. Il le sera jusqu'à la Révolution.

CHAPITRE III. — *La répression de l'adultère depuis la Révolution* 51

La « crise du mariage » : le mariage — contrat civil.
Conséquence : le divorce.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : La législation intermédiaire . 52

Le projet de 1791 sur la police municipale et correctionnelle.
Le Code pénal de 1791.
La loi du 20 septembre 1792 sur le divorce.
Le Code des délits et peines de l'An IV.
Répression purement civile de l'adultère pendant cette période; la jurisprudence.

SECTION 2e : La législation depuis 1804 54

Le Code Napoléon :
Le projet.
Le Code : les articles 229 et 230; les articles 298 et 308.
Le Code pénal :
Le projet et le Code : l'article 339.
Harmonie entre la législation pénale et la législation civile.
Persistance des articles 298 et 308 jusqu'en 1884.
La loi du 27 juillet 1884 :
La loi de 1816.

Pages

La loi de 1884.
Déséquilibre entre la législation civile et la législation pénale.

SECTION 3e : Le régime actuel de l'adultère 58

Les éléments qui ont formé notre Droit actuel ont été empruntés : au Droit romain, au Droit canonique, à l'ancien Droit.
Les innovations du Code pénal.
L'inégalité entre les époux.
Le Code pénal a-t-il considéré l'adultère comme un délit individuel ?
C'est l'intérêt social qui a poussé à établir l'inégalité entre les époux.

CONCLUSION 63

L'inégalité doit-elle subsister ?
Quelle est son étendue ?
Différences dans : la répression;
le droit de grâce;
l'excuse de meurtre.
Différence dans la constitution du délit :
Adultère de la femme et entretien de concubine au domicile conjugal.
« Entretien de concubine ».
« Domicile conjugal » : interprétation de ce terme en vue de connaître les conséquences de l'application de la loi.

DEUXIEME PARTIE. — **La notion du domicile conjugal dans l'entretien de concubine en Droit français actuel** 65

Que faut-il entendre par domicile conjugal ?
Plan.

CHAPITRE PREMIER : *Des cas où le lieu d'habitation du mari constitue le domicile conjugal* 68

Diversité des habitations du mari.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : Maison commune, maison conjugale et domicile conjugal 69

Adultère civil et adultère pénal.
Identité d'objet sous trois appellations différentes.
Sources de la jurisprudence en la matière.

SECTION 2e : Domicile légal et domicile conjugal . 71

Domicile et résidence.
Plan.

§ 1er : Caractères du domicile conjugal tirés des textes 72

Pages

§ 2e : Le domicile marital constitue-t-il le domicile conjugal ? 73

§ 3e : Y a-t-il identité entre le domicile légal du mari et le domicile conjugal ? 74

SECTION 3e : Résidences du mari et domicile conjugal 75

Condition pour qu'une résidence soit domicile conjugal.
Eléments de la résidence.
Différentes catégories de résidences.

§ 1er : Les résidences permanentes 77

§ 2e : Les résidences passagères 80

§ 3e : Les résidences momentanées 82

Conclusion

SECTION 4e : Dissimulation de résidence par le mari et domicile conjugal 86

Cadre de la question.
Logement sous le nom d'un tiers et ignoré du public et de la femme.

Conclusion 89

CHAPITRE II. — *Des cas où le lieu d'habitation de la concubine constitue le domicile conjugal* .. 91

Le domicile de la concubine n'est pas domicile conjugal.
Mais il peut le devenir à certaines conditions : dépendance.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : Dépendance résultant de la configuration des lieux 92

SECTION 2e : Dépendance résultant des droits du mari sur l'habitation de la concubine 97

§ 1er : Copropriété existant entre les deux amants 97

§ 2e : Cas où le mari est le véritable locataire du logement de la concubine 98

Cas où le logement est réellement celui de la concubine.
Simulation.
Conclusion critique.

Conclusion 106

Fraude à la loi.
Le rôle du juge est de l'empêcher.

Pages

CHAPITRE III. — *Des effets du relâchement du lien matrimonial sur la notion du domicile conjugal* 107

Le divorce.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : Le domicile conjugal au cours d'une séparation de fait 109

§ 1er : Résidences du mari pouvant constituer le domicile conjugal au cours d'une séparation de fait 109

§ 2e : La maison commune est-elle une résidence de fait ou de droit ? 111

1) Elle n'est pas une résidence de fait.
2) Elle est une résidence de droit.
a) La maison habitée par le mari est réputée domicile conjugal, bien que l'épouse l'ait quittée avant l'introduction de la concubine.
b) La résidence du mari doit être considérée comme domicile conjugal, même si la femme légitime n'y a jamais habité.
c) La maison habitée par le mari garde le caractère de domicile conjugal, alors même qu'elle est ignorée de la femme.

SECTION 2e : Le domicile conjugal au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps 121

§ 1er : Les effets du jugement de séparation de corps remontent-ils au jour de la demande ? 123

§ 2e : Les effets de l'autorisation donnée à la femme de résider séparément au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps — sur la notion de domicile conjugal 127

a) La jurisprudence antérieure à 1928 127

b) L'arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 mai 1928 130

c) La jurisprudence postérieure à 1928 134

SECTION 3e : Le domicile conjugal après un jugement de séparation de corps 137

Conclusion 143

CHAPITRE IV. — *Les pouvoirs du juge du fait et le contrôle de la Cour de Cassation en matière de domicile conjugal* 144

Règles générales : Pages
— pouvoirs du juge du fait.
— rôle de la Cour de Cassation.
Le pouvoir du juge du fait est-il souverain ?
Discussion : la qualification des faits.
Conclusion.

CONCLUSION 153

TROISIEME PARTIE. — **L'adultère comparé du mari et de la femme dans les législations étrangères**.. 155

But de cette étude.
Observations préliminaires.
Plan.

SECTION PREMIÈRE : Législations ne connaissant pas l'adultère 156

§ 1er : L'Union des républiques socialistes soviétiques 157

§ 2e : La Grande-Bretagne 157

SECTION 2e : Législations ne sanctionnant l'adultère que civilement 158

§ 1er : Pays d'inégalité 159

a) Australie.
b) Québec.

§ 2e : Pays d'égalité 159

a) Dépendances anglaises : Canada, Union sud-africaine, Ecosse, Nouvelle-Zélande.
b) Etats-Unis d'Amérique.
c) Codes récents : Espagne, Pologne, Danemark.

§ 3e : L'Iran 160

SECTION 3e : Législations sanctionnant l'adultère civilement et pénalement 161

§ 1er : Pays d'égalité complète 161

a) Allemagne, Autriche, Tchéco-Slovaquie, Liechtenstein.
b) Hongrie.
c) Pays baltes.
d) Mexique.
e) Pays scandinaves, Pays-Bas, Suisse.
f) Chine.

§ 2e : Pays où il y a un décalage entre la législation civile et le Droit pénal 163

Pages

a) France, Belgique, Portugal, Albanie.
b) Guatemala, Pérou, République dominicaine, Argentine.
c) Turquie.

§ 3e : Pays d'inégalité complète 166

a) Italie.
b) Monaco.
c) Amérique latine : Chili, Colombie, Costa-Rica, Cuba, Equateur, Haïti, Honduras, Nicaragua, Panama, Salvador, Venezuela.
d) Luxembourg.
e) Grèce.
f) Egypte.
g) Japon.

Conclusion 172

1) Diversité des législations.
Tendance à la répression.
2) Evolution vers l'égalité des sexes.

QUATRIEME PARTIE. — **Critique de notre législation pénale actuelle relative à l'adultère** 175

Résumé des études précédentes.
Conséquences choquantes rencontrées.
Y a-t-il un intérêt spécial à maintenir l'article 339 ?
Plan.

CHAPITRE PREMIER. — *Le fondement de l'article* 339 *du Code pénal* 178

Hésitations du Conseil d'Etat avant l'établissement de l'inégalité entre les époux.

Les idées qui ont guidé le législateur :

— une raison : l'introduction d'enfants adultérins dans la famille légitime.
— des motifs tirés de la conception de la famille.
— des souvenirs historiques.

Conclusion.

CHAPITRE II. — *Les arguments en faveur du maintien de l'article* 339 *et leur valeur* 185

Les idées qui ont présidé à l'élaboration des Codes ont perdu de leur valeur : tendance à l'émancipation de la femme.
Comment se justifie le maintien de l'article 339 ?

I) Justification de la seule punition du mari entretenant une concubine au domicile conjugal .. 186

1) Gravité de l'injure faite à la femme.
2) Incertitude et inquisition qui résulteraient de l'admission de la punition hors du domicile conjugal.

Pages

II) Justification de la différence de traitement des deux sexes 188

A) Raison physiologique 188

B) Raison sentimentale et psychologique 189

C) Raison sociale : gravité des conséquences de l'adultère féminin 192

1) Il fait couler le sang.
2) Il déshonore et ridiculise le mari.
3) Il introduit des enfants adultérins dans la famille légitime. — Les conséquences sociales de l'adultère masculin.

Conclusion : Aucun argument n'a de valeur.
Conséquences choquantes rencontrées.
Vœu en faveur d'une réforme.

CHAPITRE III. — *Comment envisager une réforme législative ?* 201

Plan.

SECTION PREMIÈRE : Ne convient-il pas de supprimer la répression de l'adultère ? 202

A) Les peines de l'adultère sont injustes ou insuffisantes 202

1) Elles sont *injustes.*
2) Elles sont *insuffisantes,* parce que :
a) elles sont inappliquées.
b) elles sont impuissantes à faire disparaître l'adultère.
c) elles n'ont pas d'effet préventif.
1) elles ne peuvent pas avoir de pouvoir d'intimidation.
2) l'adultère est un fait purement moral.

B) La seule véritable sanction est le divorce .. 208

a) le divorce est le moyen de faire diminuer le nombre des adultères.
b) la Société n'a pas à intervenir dans la répression de l'adultère.

Conclusion : La répression pénale de l'adultère est nécessaire.
Les projets de suppression.

SECTION 2e : Convient-il de laisser subsister un décalage entre la législation civile et la législation pénale de l'adultère ? 213

Opinion de Planiol et Ripert : approbation de ce décalage.
Réfutation de cette opinion :
— rappel des conséquences sociales de l'adultère du mari.

Pages

— réaction de l'inégalité pénale sur l'égalité civile des époux devant l'adultère.
Conclusion : suppression du décalage des législations civile et pénale.

SECTION 3e : Comment concevoir la réforme ? 215
Les différences de traitement entre l'homme et la femme coupables d'adultère.
Que faut-il en penser ?

§ 1er : L'article 324 du Code pénal 216

§ 2e : La constitution du délit 217

§ 3e : La répression 218

§ 4e : Le droit de grâce 219
Conclusion.

SECTION 4e : Le projet de Code pénal français 220
Le texte.
Jugement.

CONCLUSION GENERALE 223
La question morale préalable à l'action de la loi.
l'égalité des sexes.

Table des décisions judiciaires 225

Bibliographie 229

Table des matières 233

CHAUMONT. — IMP. DE L'EST